

Till Immich

Beamtenrechtliche Entscheidungen im Jahr 2024: Fünf wichtige gerichtliche Entscheidungen für die Praxis

**Rechts-
praxis**

ifV Akademie e.V.
Gelsenkirchen

ifV Institut
für Verwaltungs-
wissenschaften gGmbH



ifV – Rechtspraxis R-2025/ 1

Inhalt

A.	Einleitung und Überblick.....	3
B.	Die Entscheidungen im Einzelnen	5
I.	Städtischer Beamter im Besitz kinderpornographischer Dateien	5
II.	Sexuelle Belästigung einer Praktikantin außerhalb der Dienstzeit	12
III.	Potentialfeststellungen im Rahmen von Auswahlverfahren	16
IV.	Zur Anhebung des Gesamturteils als Folge einer fehlerhaften Beurteilung	20
V.	Billigkeitsentscheidungen im (Besoldungs-) und Versorgungsrecht	22
C.	Schlussbetrachtung und Ausblick	27

A. Einleitung und Überblick

Im Jahr 2024 ergingen wieder zahlreiche Entscheidungen im Beamtenrecht. Aufgrund der medialen Verbreitung fanden dabei auch einige Entscheidungen ihren Weg in die Öffentlichkeit.

Nicht unerwähnt bleiben darf dabei die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zur Rechtsfrage, ob der Landesgesetzgeber NRW den Kreis der politischen Beamtinnen und Beamten (§ 37 LBG) zu weit gezogen hat¹ und ob der frühere Kölner Polizeipräsident „zu Unrecht in den Ruhestand geschickt“ worden war.² Das BVerfG stellte fest, dass die Einstufung der Polizeipräsidenten in Nordrhein-Westfalen als politische Beamte einen Eingriff in das Lebenszeitprinzip darstellt, der nicht durch besondere Sacherfordernisse des betroffenen Amtes gerechtfertigt ist.³ Folglich ist die entsprechende Regelung zu streichen.⁴ Bereits erfolgte Ernennungen zur Polizeipräsidentin und zum Polizeipräsidenten bleiben im Sinne des Grundsatzes der Ämterstabilität rechtswirksam. Die bisherige Regelung dürfte die Demokratie gefährdet haben, da Polizeipräsidentinnen und -präsidenten zuvor als politische Beamte in den einstweiligen Ruhestand versetzt und durch opportune Nachbesetzungen wichtige Schlüsselpositionen in der Polizei hätten besetzt werden können. Dies wäre ein Einfallstor für extremistische Parteien gewesen, wenn diese die Landesregierung gestellt hätten.⁵ Es besteht auch hinreichender Anlass zur Sorge, da es das erklärte Ziel rechter Politiker ist, entsprechende Schlüsselpositionen mit Verfassungsfeinden zu besetzen.⁶ Die Bedeutung der Entscheidung des BVerfG ist daher als sehr hoch einzuschätzen, auch

wenn die praktischen beamtenrechtlichen Auswirkungen sich nur auf einen kleinen Personenkreis beziehen.

In den Medien fanden außerdem durchaus polarisierende Entscheidungen im Beamtenrecht Beachtung. Der neben dem Streifenwagen urinierende Polizeibeamte im Beamtenverhältnis auf Probe, der sich u.a. durch das Parken im Halteverbot zum Zwecke des Kaffeetrinkens auf sich aufmerksam machte, konnte aus Sicht des OVG NRW seiner Vorbildfunktion nicht gerecht werden.⁷ Auch ein Polizeikommissar im Beamtenverhältnis auf Probe aus Heinsberg, der unter dem Einfluss von Cannabis seinen Dienst angetreten hatte und damit gegen das Nüchternheitsgebot verstoßen hatte, wurde wegen Zweifeln an seiner charakterlichen Eignung entlassen und weckte damit das mediale Interesse.⁸

Es gab im Jahr 2024 aber auch weniger staatstragende und weniger polarisierende Gerichtsentscheidungen. Dennoch haben sie praktische Auswirkungen und können für die Personalwirtschaft wichtige Erkenntnisse liefern. Darauf konzentriert sich der nachfolgende Beitrag bei der Besprechung folgender Entscheidungen:

Die disziplinare Ahndung des außerdienstlichen Besitzes kinderpornographischer Dateien bei Beamten wird in der Praxis häufig von verschiedenen Rechtsfragen begleitet, die Behörden verunsichern können. Beispielsweise stellt sich die Frage, wie mit strafrechtlichen Verurteilungen umzugehen ist und ob und wie sich diese auf das Disziplinarverfahren auswirken. Hier gilt es rechtssichere und gerichtsfeste Entscheidungen zu treffen. Mit einem solchen Fall eines städtischen Beamten hatte sich das OVG NRW zu befassen.⁹ Die Entscheidung kann für gleichgelagerte Fälle eine gute rechtliche Orientierung bieten.

Die Ausbildung und Gewinnung von Nachwuchskräften stellt viele Behörden vor personelle Herausforderungen. Daher ist es wichtig, im „Worst-Case“ das pflichtwidrige Verhalten von Beamtinnen und

¹ Vorgelegt durch das OVG NRW, Entscheidung vom 15. Dezember 2021, 6 A 739/18, juris; Vorinstanz VG Köln, Urteil vom 12. Januar 2018, 19 K 94/17; Anmerkungen zu OVG Münster, Michaelis, ZBR 2022, 141-143.

² WDR, Kölner Polizeipräsident zu Unrecht in Ruhestand geschickt, Stand: 16.05.2024, 17:54 Uhr, siehe <https://www1.wdr.de/nachrichten/landespolitik/ruhestand-koelner-polizeipraesident-unrecht-100.html>, zuletzt abgerufen am 24.01.2025.

³ BVerfG Beschluss vom 9. April 2024, 2 BvL 2/22, Leitsatz 4.

⁴ LT-NRW, Vorlage 18/2613, schriftlicher Bericht des Ministers des Innern für den Innenausschuss.

⁵ Tadday/Rescher, Laufbahnrecht des Landes NRW, 32. Akt. Juni 2024, Teil B, § 2, S. 32.

⁶ Sehl, Markus/Genter, Oscar, Schwachstelle vor Wahlen in Thüringen, LTO-Online vom 13.02.2024, siehe <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/afd-thueringen-regierung-staatssekretaer-verwaltung-beamte-verfassungsfeinde-wahlen>, zuletzt abgerufen am 24.01.2025.

⁷ OVG Münster, Beschluss vom 27.09.2024, 6 B 461/24.

⁸ WDR, Dienst unter Cannabis-Einfluss: Heinsberger Polizist darf entlassen werden, Stand: 17.12.2024, 15:06 Uhr, siehe <https://www1.wdr.de/nachrichten/rheinland/polizist-aachen-cannabis-100.html>, zuletzt besucht am 24.01.2025; VG Aachen, Beschluss vom 16.12.2024, 1 L 884/24.

⁹ OVG NRW, Urteil vom 26. Juni 2024, 31 A 1045/23.0, nachfolgend unter I. dargestellt.

Beamten einordnen zu können, wenn es zu einer sexuellen Belästigung eines Praktikanten oder einer Praktikantin kommt. Solche Fälle können sich innerhalb oder außerhalb der Dienstzeit ergeben, was die Frage aufwirft, wie dann mit entsprechenden Fällen umzugehen ist. Über einen solchen Fall einer innerdienstlichen Pflichtverletzung außerhalb der Dienstzeit urteilte das BVerwG und trägt damit zur Rechtssicherheit bei.¹⁰

In Auswahlverfahren versuchen Dienstherren im Kampf um die klügsten Köpfe, neue Wege zu gehen. Dabei wirft sich die Frage auf, ob Potentialfeststellungen ein probates Mittel der Personalauswahl darstellen können. Wichtiger ist jedoch die Frage, ob Potentialfeststellungen rechtlich überhaupt zulässig sind und welche Folgen es haben kann, wenn rechtlich womöglich unzulässige Auswahlinstrumente zur Anwendung gekommen sind. Das Bundesamt für Personalmanagement der Bundeswehr musste sich der Klärung dieser Fragen ausgesetzt sehen, als das BVerwG über entsprechende Auswahlverfahren zu entscheiden hatte.¹¹ Die Entscheidung dürfte auch über die Bundeswehr hinaus von Bedeutung sein, wichtige Erkenntnisse liefern und personalwirtschaftliche Folgen aufzeigen.

Ein immer wiederkehrendes Thema im Beamtenrecht ist die Frage, wie rechtssichere Beurteilungen gelingen können. In Ermangelung rechtlicher Vorgaben im Gesetz sind dazu vertiefte Kenntnisse des Beurteilungswesens und der Rechtsprechung unabdingbar. Im behördlichen Alltag fällt es insbesondere kleineren Kommunen schwer, dies sicherstellen zu können. Es verwundert daher nicht, dass es in der Praxis vorkommt, dass von gerichtlicher Seite eine Beurteilung als fehlerhaft eingeordnet wird und Behörden erneut beurteilen müssen. Daher ist der Frage nachzugehen, ob es zwingend zu einer Anhebung des vergebenen Gesamturteils kommen muss, wenn eine dienstliche Beurteilung wegen eines Fehlers aufgehoben worden ist. Das BVerwG hat hierzu entschieden.¹²

Das Besoldungs- und Versorgungsrecht wird im Bund und den Ländern immer komplexer und unübersichtlicher. Durch Fehler können einer Behörde schließlich Kosten entstehen, wie eine Entscheidung des OVG NRW aufzeigt. Bei einer Rückforderung ist in solchen Fällen regelmäßig eine sog. „Billigkeitsentscheidung“ ohne Ermessensfehler zu treffen. Dies wurde im Fall eines Bundesbeamten von Seiten des OVG kritisch hinterfragt, was auch im Anwendungsbereich des Landesbesoldungsgesetzes NRW oder des Landesbeamtenversorgungsgesetz NRW in gleicher Weise vorkommen kann.¹³

¹⁰ BVerwG, Urteil vom 01. Februar 2024, 2 A 7.23, nachfolgend unter II. dargestellt.

¹¹ BVerwG, Beschluss vom 29. Oktober 2024, 1 WB 36.23, nachfolgend unter III. dargestellt.

¹² BVerwG, Urteil vom 01. Februar 2024, 2 A 1.23, nachfolgend unter IV. dargestellt.

¹³ OVG NRW, Urteil vom 31. Oktober 2024, 1 A 983/21, nachfolgend unter V. dargestellt.

B. Die Entscheidungen im Einzelnen

I. Städtischer Beamter im Besitz kinderpornographischer Dateien

Die Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS) 2023 wurde im März des Jahres 2024 veröffentlicht und weist einen Anstieg bei der strafbaren „Verbreitung pornografischer Inhalte“ aus.¹⁴ Dies ist u.a. darauf zurückzuführen, dass in den letzten Jahren die personellen Ressourcen der Ermittlungsbehörden erheblich ausgebaut worden sind und damit eine Steigerung der Anzahl bearbeiteter Ermittlungsverfahren einhergeht.¹⁵ Die Aufklärungsquote liegt bei den 59.205 verzeichneten Fällen bei 87,4 v.H.¹⁶ Da Täter auch Beamtinnen und Beamte sein können, verwundert es nicht, dass entsprechende Disziplinarverfahren für die Ermittlungsführerinnen und -führer eine persönliche Herausforderung darstellen können. Hinzu kommt, dass hier eine Kenntnis des Strafrechts gegeben sein muss, damit die richtige dienstrechtliche Einordnung gelingen kann.

Zum einen ist strafrechtlich zwischen der Verbreitung, dem Erwerb und Besitz kinderpornographischer Inhalte (§ 184b StGB)¹⁷ und der Verbreitung, dem Erwerb und Besitz jugendpornographischer Inhalte (§184c StGB) zu unterscheiden.

Zum anderen ist bei diesen Delikten zwingend auf die geltende Strafandrohung im Tatzeitpunkt abzustellen, was durch die mehrfachen strafrechtlichen Anpassungen der Regelungen ohne Recherche nicht ohne weiteres möglich ist.¹⁸ Hierauf kommt es im Disziplinarrecht jedoch entscheidend an, da das Ausmaß des durch die außerdienstlich begangene Straftat hervorgerufenen Vertrauensschadens nach der Rechtsprechung des BVerwG im konkreten Einzelfall bestimmt werden muss. Die Orientierung des Umfangs des Vertrauensverlustes am gesetzlichen Strafraum gewährleistet dabei eine nachvollziehbare und gleichmäßige disziplinarische Ahndung von außerdienstlich begangenen Straf-

taten. Dazu wird an die im Tatzeitpunkt geltende Strafandrohung angeknüpft und verhindert, dass Disziplinargerichte ihre jeweils eigene Einschätzung des Unwertgehalts eines Delikts an die Stelle der Bewertung des Gesetzgebers setzen. Es kommt also nicht auf die Vorstellung des jeweiligen Disziplinargerichts an, sondern auf die Einschätzung des Parlaments, welche Straftaten (ebenso mit Blick auf das Disziplinarrecht) als besonders verwerflich anzusehen sind.¹⁹

Bei der Bemessung der Disziplinarmaßnahme muss von behördlicher Seite also die jeweils maßgebliche Strafandrohung genauestens in den Blick genommen werden. Wird ohne dieses Wissen Rechtsprechung als Erkenntnisquelle herangezogen, kommt es zu Fehleinschätzungen. Die früheren Entscheidungen der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu Disziplinarmaßnahmen bei Besitz kinderpornographischer Dateien durch Beamte in Form eines außerdienstlichen Dienstvergehens sind auf das heutige Strafrecht und aktuelle Fälle nicht mehr übertragbar.²⁰

Mit aktuellen Fällen hat sich das OVG NRW immer wieder zu befassen. Im Jahr 2024 ging es nicht nur um die disziplinare Ahndung des außerdienstlichen Besitzes kinderpornographischen Bildmaterials bei Polizeibeamten.²¹

Es ging auch um eine Entscheidung über den Fall eines städtischen Beamten.²² Da das Strafmaß seit der zum Tatzeitpunkt geltenden Rechtslage (weiter) verschärft worden ist, kann die Entscheidung grundsätzlich auch auf die aktuell geltende Rechtslage angewendet werden. Außerdem lässt die Entscheidung einen Einblick in anwaltliche Taktiken zu.

1. Sachverhalt

Der der Entscheidung zu Grunde liegende Sachverhalt wird hier vereinfacht zusammengefasst.²³ Der städtische verheiratete Beamte und Vater einer 2012 geborenen Tochter sowie eines 2014 geborenen Sohnes (nachfolgend der Beklagte) wurde als Stadtassistentenanwärter im damaligen mittleren allgemeinen Verwaltungsdienst bei einer Stadt

¹⁴ Die PKS 2023 wird im Internet durch das Bundeskriminalamt veröffentlicht, siehe dazu https://www.bka.de/DE/AktuelleInformationen/StatistikenLaGebilder/PolizeilicheKriminalstatistik/PKS2023/FachlicheBroschueren/fachlicheBroschueren_node.html, zuletzt abgerufen am 26.01.2025. PKS 2023, S. 16.

¹⁵ PKS 2023, S. 17.

¹⁶ PKS 2023, S. 17.

¹⁷ Strafgesetzbuch (StGB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 2 des Gesetzes vom 7. November 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 351) geändert worden ist.

¹⁸ Zur Gesetzesgeschichte siehe BeckOK StGB/Ziegler, 63. Ed. 1.11.2024, StGB § 184b und § 184c jeweils Rn. 1, beck-online.

¹⁹ BVerwG, Urteil vom 18. Juni 2015, 2 C 9.14, BVerwGE 152, 228-241, juris Rn. 31.

²⁰ BVerwG, Urteil vom 19. August 2010, 2 C 13.10, juris Rn. 34 = Kürzung der Dienstbezüge, da Zurückstufung nicht möglich; BayVG, Urteil vom 16. Februar 2011, 16a D 09.1697, juris Rn. 50 = Zurückstufung.

²¹ OVG NRW, Urteil vom 8. Oktober 2024, 31 A 1080/21.O.

²² OVG NRW, Urteil vom 26. Juni 2024, 31 A 1045/23.0.

²³ OVG NRW, Urteil vom 26. Juni 2024, 31 A 1045/23.0, juris Rn. 1-35.

(nachfolgend die Klägerin) eingestellt. In den folgenden Jahren arbeitete sich der beklagte Beamte bis zum stellvertretenden Teamleiter hoch.

Am 7. Februar 2020 erhielt seine kommunale Dienstherrin als Klägerin Kenntnis davon, dass die Staatsanwaltschaft gegen den Beklagten ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Verbreitung und des Besitzes kinderpornographischer Schriften und des Besitzes jugendpornographischer Schriften führte und die Anklageerhebung folgte. Mit Verfügung vom 10. Februar 2020 verbot die Klägerin dem Beklagten die Dienstausbübung. Unter dem 11. März 2020 leitete die Klägerin gegen den Beklagten ein Disziplinarverfahren ein und setzte dieses mit Blick auf das bei der Staatsanwaltschaft anhängige Ermittlungsverfahren und das entsprechende Strafverfahren aus.

Unter dem 31. März 2020 hörte die Klägerin den anwaltlich vertretenen Beklagten zur beabsichtigten vorläufigen Dienstenthebung sowie zur Einbehaltung von Dienstbezügen an. Der Beklagte räumte ein, dass er in seiner Einlassung gegenüber der Staatsanwaltschaft die Verbreitung, den Erwerb und den Besitz kinderpornographischer Schriften grundsätzlich nicht bestritten habe und auch nicht bestreite, bestimmte kinderpornographische Bilddateien hochgeladen zu haben. Es sei jedoch zu berücksichtigen, dass mit seiner Versetzung zum Sozialamt eine erhebliche berufliche Stresssituation eingetreten sei. Daraus resultiere sein Suchtverhalten nach dem Konsum pornographischer Materials, was in der Folge ausgeartet sei und weswegen er sich in einer Verhaltenstherapie befinde. Mit Bescheid vom 8. Juni 2020 entthob die Klägerin den Beklagten daraufhin vorläufig des Dienstes und ordnete gleichzeitig die teilweise Einbehaltung seiner Dienstbezüge an.

Im Strafverfahren ordnete das Amtsgericht die Einholung eines Gutachtens zum Zweck der Feststellung an, ob zur Tatzeit ein Eingangsmerkmal der §§ 20, 21 StGB bei dem Beklagten vorlag, durch welches dessen Einsichts- und/oder Steuerungsfähigkeit aufgehoben oder vermindert war. Mit Urteil vom 29. Juli 2021, rechtskräftig seit dem 6. August 2021, verurteilte das Amtsgericht den Beklagten wegen Besitzes und Verbreitens von kinderpornographischen Schriften in Tateinheit mit Besitz von jugendpornographischen Schriften nach §§ 184b, 184c, 52 StGB a. F. zu einer Freiheitsstrafe von 10 Monaten, deren Vollstreckung es zur Bewährung aussetzte. Das Amtsgericht traf unter anderem folgende Feststellungen: Der Beklagte lud kinderpornographische Bilddateien hoch, die zeigen, wie Mädchen im Alter von etwa 10 und 12 Jahren nackt und unnatürlich geschlechtsbetont posieren. Der Intimbereich und die Geschlechtsteile der Kinder

stehen dabei im Fokus der Aufnahmen. Auf den Asservaten konnten 2049 existente Bilddateien mit kinderpornographischem Inhalt festgestellt und weitere 831 Bilddateien mit kinderpornographischem Inhalt wiederhergestellt werden. Es fanden sich zudem 10 existente Videodateien mit kinderpornographischem Inhalt und weitere sieben Videodateien mit kinderpornographischem Inhalt konnten wiederhergestellt werden. Diese zeigen unter anderem den sexuellen Missbrauch an Kleinkindern.

Mit Verfügung vom 19. November 2021 setzte die Klägerin das Disziplinarverfahren gegen den Beklagten fort. Der anwaltlich vertretene Beklagte nahm Stellung, wobei er unter Bezugnahme auf einen Bericht eines Dipl.-Psychologen darauf verwies, dass der Milderungsgrund der Entgleisung während einer negativen, inzwischen überwundenen Lebensphase einschlägig sei und außerdem die Frage des Vorsatzes als auch die der Schuldfähigkeit im Rahmen des Disziplinarverfahrens erneut zu prüfen seien. Für die Frage des Vertrauensverlustes sei zu berücksichtigen, dass es sich um ein außerdienstliches Fehlverhalten gehandelt habe.

Die Klägerin hat am 6. Januar 2022 Disziplinaranzeige erhoben und dem Beklagten vorgeworfen, durch den Besitz und die Verbreitung kinder- und jugendpornographischer Schriften vorsätzlich und subjektiv vorwerfbar ein schweres außerdienstliches Dienstvergehen (Verstoß gegen Dienstpflicht aus § 34 Abs. 1 Satz 3 BeamtStG i. V. m. §§ 184b, 184c StGB a. F.), wonach sein Verhalten innerhalb und außerhalb des Dienstes der Achtung und dem Vertrauen gerecht werden muss, die sein Beruf erfordert, begangen zu haben. Hiermit habe der Beklagte bei seinem Dienstherrn einen erheblichen Vertrauensverlust herbeigeführt. Die Klägerin hat per Disziplinaranzeige vor dem Verwaltungsgericht beantragt, den Beklagten aus dem Beamtenverhältnis zu entfernen.

Der Beklagte hat beantragt, auf eine mildere Disziplinarmaßnahme zu erkennen. Er hat behauptet, er habe im Zeitraum der Tatbegehung an einer schizoiden Persönlichkeitsstörung und einer schweren Form der Soziophobie gelitten, strafbare pädosexuellen Handlungen seien ausschließlich zum Höhepunkt seiner Ehekrise erfolgt. Eine Entfernung aus dem Dienst komme nicht in Betracht, da kein Dienstbezug vorliege; es habe sich vielmehr um ein außerdienstliches Fehlverhalten gehandelt. Zudem stünden besondere persönliche Gesichtspunkte einer Entfernung aus dem Beamtenverhältnis entgegen.

Das Verwaltungsgericht hat in der mündlichen Verhandlung vom 19. April 2023 Beweis erhoben durch Vernehmung des Dipl.-Psych. X. als sach-

verständigem Zeugen sowie des Facharztes für Psychiatrie, Psychotherapie und Suchttherapie Dr. G. als Sachverständigem. Durch Urteil vom gleichen Tag, auf dessen Gründe verwiesen wird, hat das Verwaltungsgericht den Beklagten wegen eines schweren Dienstvergehens aus dem Beamtenverhältnis entfernt.

Zur Begründung seiner hiergegen gerichteten Berufung macht der Beklagte geltend, der Milderungsgrund „Entgleisung während einer inzwischen überwundenen negativen Lebensphase“ liege vor. Mehrere therapeutische Hinweise würden zu dem Schluss führen, er habe sich in einer derart krisenhaften Situation befunden, dass er sein Handeln nicht habe steuern können und dies zu zwanghafter Onanie geführt und aufgrund einer extremen sexuellen Verunsicherung zu einem Rückzug in eine Art „Turm-Welt“. Dabei habe er die Betrachtung von kinder- oder jugendpornographischen Inhalten nie eigeninitiativ vorgenommen, da ihm diese Bilder bei seiner Suche nach erwachsenen Frauen ohne gezielte Eingabe angezeigt worden seien. Er habe nicht mehr über die Steuerungsfähigkeit verfügt, dass er hätte sicherstellen können, bei dem Herunterladen völlig unverfänglicher Pornographie mit dem Inhalt erwachsener Frauen nicht auch inkriminierte kinder- und jugendpornographische Dateien herunter zu laden. Durch die Sexualtherapie habe er diese Lebensphase mittlerweile erfolgreich überwunden, weshalb sein Therapeut ihm eine durchweg positive Sozialprognose ausstellen würde und ein Rückfall fast vollständig ausgeschlossen sei.

Der Beklagte beantragt, das angefochtene Urteil zu ändern und auf die Zurückstufung als Disziplinarmaßnahme zu erkennen. Die Klägerin beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Es sei vor allem zu berücksichtigen, dass der Beklagte die heruntergeladenen Bilder für so relevant gehalten habe, dass er sie verbreitet und damit bewusst einer Vielzahl anderer Konsumenten zugänglich gemacht habe.

2. Entscheidungsgründe

Das OVG NRW kam zu folgender Entscheidung²⁴:

Der Beklagte hat „vorsätzlich und schuldhaft durch die Verbreitung und den Besitz kinder- und jugendpornographischer Schriften die ihm auch außerhalb des Dienstes obliegende Dienstpflicht in erheblicher Weise verletzt, durch sein Verhalten der Achtung und dem Vertrauen gerecht werden, die

sein Beruf erfordert (§§ 47 Abs. 1 Satz 1, 34 Abs. 1 Satz 3 BeamStG). Er hat das Dienstvergehen außerdienstlich begangen, weil sein pflichtwidriges Verhalten nicht in sein Amt und in die damit verbundene dienstliche Tätigkeit eingebunden war. Die vorgeworfene Tat wurde mit seinem privaten Computer begangen.“²⁵ [...] Sein außerdienstliches Fehlverhalten erfüllt die besonders qualifizierenden Voraussetzungen des § 47 Abs. 1 Satz 2 BeamStG. Das Verhalten eines Beamten muss auch außerhalb des Dienstes der Achtung und dem Vertrauen gerecht werden, die sein Beruf erfordert (§ 34 Abs. 1 Satz 3 BeamStG). Gegen diese Pflicht verstößt ein Beamter, wenn er vorsätzlich kinderpornographische Schriften besitzt oder verbreitet.²⁶

Zwar wird von einem Beamten außerdienstlich kein wesentlich anderes Sozialverhalten erwartet als von jedem Bürger. Hier übersteigt jedoch das Fehlverhalten des Beamten das einer jeden außerdienstlichen Pflichtverletzung innewohnende Mindestmaß an disziplinarischer Erheblichkeit deutlich und erfüllt damit die besonderen Anforderungen an ein Dienstvergehen. Maßgebend hierfür ist die Eignung des Fehlverhaltens, das Vertrauen in besonderem Maße zu beeinträchtigen. Die mögliche Beeinträchtigung muss sich entweder auf das Amt des Beamten im statusrechtlichen Sinne oder auf das Ansehen des Berufsbeamtentums als Sachwalter einer stabilen und gesetzestreuem Verwaltung beziehen. Selbst bei fehlendem Dienstbezug ist mit Rücksicht auf den Strafrahmen ein hinreichendes Maß disziplinarrechtlich erheblicher Ansehenschädigung gegeben. Die Disziplinarwürdigkeit eines erstmaligen außerdienstlichen Verhaltens eines Beamten im Sinne von § 47 Abs. 1 Satz 2 BeamStG ist regelmäßig anzunehmen, wenn es im Strafgesetzbuch als Vergehen mit einer Freiheitsstrafe im mittleren Bereich belegt ist. Durch die Festlegung des Strafrahmens bringt der Gesetzgeber verbindlich den Unrechtsgehalt eines Delikts zum Ausdruck. An dieser Wertung hat sich auch die Entscheidung über die Eignung zur Vertrauensbeeinträchtigung zu orientieren. Hierdurch wird hinsichtlich der Frage der Disziplinarwürdigkeit außerdienstlichen Verhaltens eine Entscheidung gewährleistet, die an nachvollziehbare Kriterien anknüpft. Dies trifft nach der Rechtsprechung regelmäßig bereits bei einer Strafandrohung von bis zu zwei Jahren zu. Im Streitfall steht mit § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB a. F. (bis zum 12. März 2020) – ein Strafrahmen von drei Monaten bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe in Rede.²⁷

²⁴ OVG NRW, Urteil vom 26. Juni 2024, 31 A 1045/23.0, juris Rn. 36 bis 116.

²⁵ juris Rn. 40-42.

²⁶ juris Rn. 43.

²⁷ juris Rn. 46-49.

Verbreitung und Besitz von kinderpornographischen Schriften stellen im Übrigen ein Verhalten dar, mit dem jeder Beamte gegen die Verpflichtung verstößt, mit seinem Verhalten außerhalb des Dienstes der Achtung und dem Vertrauen gerecht zu werden, die sein Beruf erfordert. Wer kinderpornographische Schriften verbreitet (§ 184b Abs. 1 StGB) oder besitzt (§ 184b Abs. 3 StGB), trägt durch seine Nachfrage nach solchen Darstellungen zum sexuellen Missbrauch von Kindern (§ 176 StGB) und damit zum Verstoß gegen ihre Menschenwürde und körperliche Unversehrtheit bei. Der sexuelle Missbrauch eines Kindes ist in hohem Maße persönlichkeits- und sozialschädlich. Er greift in die sittliche Entwicklung eines jungen Menschen ein und gefährdet die harmonische Bildung seiner Gesamtpersönlichkeit sowie seine Einordnung in die Gemeinschaft, weil ein Kind wegen seiner fehlenden oder noch nicht hinreichenden Reife intellektuell und gefühlsmäßig das Erlebte in der Regel gar nicht oder nur schwer verarbeiten kann. Zudem degradiert der Täter die sexuell missbrauchten kindlichen Opfer zum bloßen auswechselbaren Objekt geschlechtlicher Begierde oder Erregung. Der mit § 184b StGB verfolgte Schutzzweck, die „Märkte“ für kinderpornographische Materialien einzudämmen, um so Kinder vor sexuellen Übergriffen zu bewahren und ihre ungestörte sexuelle Entwicklung zu gewährleisten, ist ein Anliegen, das von der Allgemeinheit, jedenfalls einer überwältigenden Mehrheit der Bevölkerung, besonders ernst genommen wird. Verstöße gegen die einschlägigen strafrechtlichen Schutzbestimmungen setzen den Täter in hohem Maße der Missachtung aus. Deshalb führt die Verurteilung wegen des Besitzes oder der Verbreitung kinderpornographischer Materials durch einen Beamten in der Vorstellungswelt eines vorurteilsfrei wertenden Betrachters zu einer erheblichen Ansehensbeeinträchtigung des Beamten, wenn nicht zu einem völligen Ansehensverlust.²⁸

Vergleichbares gilt für den Besitz jugendpornographischer Schriften. Ungeachtet ihres höheren Alters und ihrer größeren Reife stellte und stellt der Gesetzgeber auch Jugendliche durch § 184c StGB unter den strafrechtlichen Schutz vor sexuellem Missbrauch und dessen Wiedergabe in pornographischen Schriften, wenngleich mit gegenüber § 184b StGB geminderter Strafdrohung. [...] Vorliegend fällt der Besitz jugendpornographischer Schriften gegenüber dem zahlenmäßig weit überwiegenden Besitz kinderpornographischer Schriften allerdings nicht mehr zusätzlich ins Gewicht, so dass ihm der Senat keine ausschlaggebende

Bedeutung zumisst.²⁹

Nach einer Gesamtwürdigung sämtlicher zu berücksichtigenden Gesichtspunkte ist der Beklagte aus dem Beamtenverhältnis zu entfernen. Er hat durch das Dienstvergehen das Vertrauen des Dienstherrn und der Allgemeinheit endgültig verloren (§ 13 Abs. 3 Satz 1 LDG NRW)³⁰. [...] Gegenstand der disziplinarrechtlichen Bewertung ist die Frage, welche Disziplinarmaßnahme in Ansehung der Persönlichkeit des Beamten geboten ist, um die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Dienstes und die Integrität des Berufsbeamtentums zu gewährleisten.

Gemäß § 13 Abs. 3 Satz 1 LDG NRW ist ein Beamter aus dem Beamtenverhältnis zu entfernen, wenn er das Vertrauen des Dienstherrn oder der Allgemeinheit endgültig verloren hat. Hiernach ist das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit aufzulösen, wenn die Maßnahmebemessung zu dem Ergebnis führt, dass der Beamte untragbar geworden ist. Dies ist anzunehmen, wenn dem Beamten ein schweres Dienstvergehen zur Last fällt und die prognostische Gesamtwürdigung ergibt, er werde auch zukünftig in erheblicher Weise gegen Dienstpflichten verstoßen oder die von ihm zu verantwortende Ansehenschädigung sei bei einem Verbleib im Beamtenverhältnis nicht wiedergutzumachen. Je schwerer das Dienstvergehen wiegt, desto näher liegt eine derartige Prognose. [...] Für die Bestimmung der erforderlichen Disziplinarmaßnahme im Sinne des § 5 Abs. 1 LDG NRW ist die Schwere des Dienstvergehens richtungweisend. Die Schwere beurteilt sich nach objektiven Handlungsmerkmalen wie Eigenart und Bedeutung der Dienstpflichtverletzung, den besonderen Umständen der Tatbegehung sowie Häufigkeit und Dauer eines wiederholten Fehlverhaltens, nach subjektiven Handlungsmerkmalen wie Form und Gewicht des Verschuldens des Beamten, den Beweggründen für sein Verhalten sowie den unmittelbaren Folgen für den dienstlichen Bereich und für Dritte. Das Dienstvergehen ist nach der festgestellten Schwere einer der im Katalog des § 5 LDG NRW aufgeführten Disziplinarmaßnahmen zuzuordnen. Davon ausgehend kommt es darauf an, ob Erkenntnisse zum Persönlichkeitsbild und zum Umfang der Vertrauensbeeinträchtigung im Einzelfall derart ins Gewicht fallen, dass eine andere als die durch die Schwere des Dienstvergehens indizierte Maßnahme geboten ist. [...] Zur Bestimmung des Ausmaßes des Vertrauensschadens, der durch eine von einem

²⁸ juris Rn. 50-51.

²⁹ juris Rn. 52-54.

³⁰ Disziplinalgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Landesdisziplinalgesetz - LDG NRW) vom 16. November 2004 (GV. NRW. S. 624), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 20. November 2018 (GV. NRW. S. 592), in Kraft getreten am 5. Dezember 2018.

Beamten vorsätzlich begangene Straftat hervorgerufen worden ist, ist in einer ersten Stufe auf den zum Tatzeitpunkt geltenden gesetzlich bestimmten Strafrahmen zurückzugreifen. [...] Begeht ein Beamter außerdienstlich eine Straftat, für die das Strafgesetz als Strafrahmen eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren vorsieht, reicht der Orientierungsrahmen für die mögliche Disziplinarmaßnahme schon ohne einen Dienstbezug bis zur Entfernung aus dem Beamtenverhältnis. [...] Mit Blick auf den bis zum 12. März 2020 geltenden Strafrahmen des § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB a. F. – als schwerster Verfehlung – von drei Monaten bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe ist dieser Orientierungsrahmen (bis zur Höchstmaßnahme) hier eröffnet. [...] Das gilt gleichermaßen, wenn man den dem Beklagten ebenfalls zur Last fallenden Besitz an kinderpornographischen Dateien in den Blick nimmt. Auch der hierfür vorgesehene Strafrahmen von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe eröffnet einen Orientierungsrahmen, der bis zu Höchstmaßnahme reicht.³¹

Für die Festlegung des Orientierungsrahmens selbst ist in diesen Fällen die Anzahl der einschlägigen Dateien ebenso ohne Bedeutung wie das konkrete Tätigkeitsfeld des betroffenen Beamten. Das Ausmaß des Vertrauensverlustes, den die strafbare außerdienstliche Verbreitung und der Besitz kinderpornographischer Schriften durch einen Beamten nach sich zieht, führt allerdings nicht zwangsläufig dazu, dass er aus dem Beamtenverhältnis zu entfernen ist. Vielmehr ist die Band- bzw. Variationsbreite der jeweiligen Schwere von derartigen Verfehlungen zu groß, um eine Entfernung aus dem Dienst als deliktsbezogene Regeleinstufung zu rechtfertigen. Bei der Verbreitung kinderpornographischer Schriften kommt die Ausschöpfung des in Anlehnung an die abstrakte Strafandrohung gebildeten Orientierungsrahmens in Betracht, wenn dies auch dem Schweregehalt des vom Beamten konkret begangenen Dienstvergehens entspricht. Hierfür bedarf es einer sorgsam Würdigung aller be- und entlastenden Einzelfallumstände. Die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis wegen der Verbreitung und des Besitzes kinderpornographischer Schriften kommt dabei in Betracht, wenn das strafbare Verhalten aufgrund der Tatumstände, insbesondere Anzahl, Art und Inhalt der Darstellungen, als besonders verwerflich einzustufen ist und dem Beamten keine entlastenden Umstände von erheblichem Gewicht zugutekommen. [...]

Die im konkreten Fall im Wege der Strafzumessung ausgesprochene Strafe hat demgegenüber allein

³¹ OVG NRW, Urteil vom 26. Juni 2024, 31 A 1045/23.0, juris Rn. 55-70.

strafrechtliche Bedeutung. Eine weitergehende, die disziplinarische Maßnahmebemessung begrenzende Indizwirkung kommt ihr nicht zu. Dies beruht auf den unterschiedlichen Zwecken von Straf- und Disziplinarrecht. Während die konkrete Strafzumessung strafrechtlichen Kriterien folgt, wird die disziplinarrechtliche Maßnahmebemessung insbesondere durch den Vertrauensverlust des Dienstherrn und der Allgemeinheit bestimmt. [...] Im Streitfall ist die Ausschöpfung des in Anlehnung an die abstrakte Strafandrohung gebildeten Orientierungsrahmens wegen der konkreten Gegebenheiten des Dienstvergehens angezeigt. Dieses ist nach den Tatumständen, insbesondere Anzahl, Art und Inhalt der Darstellungen, als besonders verwerflich einzustufen.³²

Der Senat teilt nach eigener Prüfung diese Feststellungen und Bewertungen, die mit seiner gefestigten Rechtsprechung in Einklang stehen, und legt sie seiner Entscheidung zu Grunde. Das Berufungsvorbringen gibt keinen Anlass, hiervon abzuweichen, zumal der Sachverhalt zu den begangenen Taten – wie der Beklagte selbst geltend macht – hinsichtlich der objektiven Tatumstände, nicht zuletzt im Hinblick auf die schwerste Verfehlung des Verbreitens von kinderpornographischen Inhalten in fünf Fällen, unstrittig ist. Hinsichtlich der vorsätzlichen Begehungsweise ist der Senat an die strafgerichtlichen Feststellungen (ebenfalls) gebunden. Wie ausgeführt, besteht kein Anlass, sich hiervon zu lösen. [...] Ist hiernach aufgrund der Schwere der Dienstpflichtverletzung die Höchstmaßnahme Ausgangspunkt der Maßnahmebemessung für das dem Beklagten zur Last fallende Dienstvergehen, so kommt es für die Bestimmung der im konkreten Einzelfall zu verhängenden Disziplinarmaßnahme weiter darauf an, ob Erkenntnisse zum Persönlichkeitsbild des Beklagten und zum Umfang der Vertrauensbeeinträchtigung nach § 13 Abs. 2 und 3 LDG NRW derart ins Gewicht fallen, dass eine andere als die durch die Schwere indizierte Maßnahme geboten ist. [...] Das ist nicht der Fall. [...].³³

Das OVG NRW bezieht sich in seiner Entscheidung hierbei auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichts und zitiert aus dem erstinstanzlichen Urteil: „Es sind keine Umstände zum Persönlichkeitsbild des Beamten bekannt geworden, die Anlass böten, von der Höchstmaßnahme abzusehen. Der Beklagte hat das Dienstvergehen nicht im Zustand einer erheblich verminderten Schuldfähigkeit im Sinne

³² juris Rn. 71-77. Das OVG NRW nimmt anschließend im Einzelnen Bezug auf die konkreten Ausführungen des Verwaltungsgerichts im erstinstanzlichen Urteil, juris Rn. 78-82.

³³ juris Rn. 83-86

des § 21 StGB begangen, was regelmäßig einer Entfernung aus dem Beamtenverhältnis entgegensteht. Zwar wies der Beklagte im Tatzeitraum eine schizoide Persönlichkeitsstörung sowie eine pädophile Neigung auf, sodass das vierte Eingangsmerkmal des § 20 StGB (nach im Tatzeitraum bestehender Terminologie der „schweren anderen seelischen Abartigkeit“, nach aktuellem Gesetzeswortlaut der „schweren anderen seelischen Störung“) in qualitativer Hinsicht erfüllt war. Allerdings führten diese Störungen nicht zu einer erheblichen Verminderung der Schuldfähigkeit des Beklagten. Vielmehr war dessen Einsichtsfähigkeit vorhanden. So war sich der Beklagte bewusst, dass er bei dem Konsum kinderpornographischer Darstellungen ein normabweichendes Verhalten an den Tag legte. Auch war die Steuerungsfähigkeit des Beklagten nicht in erheblicher Weise eingeschränkt. Vielmehr war sein Verhalten für den Beklagten steuerbar.³⁴ [Das Verwaltungsgericht] „folgt diesbezüglich den überzeugenden Ausführungen des medizinischen Sachverständigen Dr. E. G., Facharzt für Psychiatrie, Psychotherapie und Suchttherapie, denen sie sich nach eigener Prüfung uneingeschränkt anschließt. Der Sachverständige hat sein Gutachten auf der Basis des strafgerichtlichen Akteninhaltes, der Angaben des Beklagten im Rahmen eines Explorationsgesprächs sowie der weiteren Ergebnisse der mündlichen Verhandlung erstattet. Nach seiner in sich widerspruchsfreien und überzeugenden Darstellung, welche die Kammer in den Einzelheiten nachvollzogen hat, liegen bei dem Beklagten eine schizoide Persönlichkeitsstörung sowie eine pädophile Neigung vor. [...] Die erhaltene Steuerungsfähigkeit des Beklagten [zeige sich durch den] Umstand, dass er die kinderpornographischen Darstellungen in für ihn risikoarmen Situationen konsumiert habe.“³⁵

Auch kann dem Beklagten der Milderungsgrund einer „Entgleisung während einer inzwischen überwundenen [negativen] Lebensphase“ im Tatzeitraum nicht zu Gute gehalten werden. Dies setzt außergewöhnliche Verhältnisse voraus, die den Beamten während des Tatzeitraums zeitweilig „aus der Bahn geworfen“ haben, wobei die mildernde Berücksichtigung vor allem dann naheliegt, wenn sich der Pflichtenverstoß als Folge dieser Verhältnisse darstellt. Es muss sich insofern um eine persönlich besonders belastende Situation gehandelt haben, die so gravierend ist, dass die Pflichtverletzung des Beamten in einem milderen Licht erscheint, weil ein an normalen Maßstäben orientiertes Verhalten von dem Beamten nicht mehr erwartet und damit nicht mehr vorausgesetzt

werden kann. [...] Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Die von dem Beklagten geschilderte Ehe- und damit einhergehende Lebenskrise stellt keinen derart von der Normalität abweichenden Umstand dar, der die von dem Beklagten begangene Pflichtverletzung in einem milderen Licht erscheinen lassen könnte. [...] Die durch die Eheprobleme ausgelöste Lebenskrise des Beklagten ist aber – auch in Zusammenschau mit dem Persönlichkeitsbild des Beklagten – nicht derart außergewöhnlich, dass ein an normalen Maßstäben orientiertes Verhalten von dem Beklagten nicht mehr hätte erwartet und damit nicht mehr hätte vorausgesetzt werden können.

Losgelöst von dieser Bewertung stellt eine Entgleisung während einer inzwischen überwundenen negativen Lebensphase keinen „anerkannten“ Milderungsgrund dar, bei dem regelhaft eine Herabstufung der angemessenen Disziplinarmaßnahme eintreten würde. Vielmehr ist eine solche negative Lebensphase während des Tatzeitraums je nach den Umständen des Einzelfalls als mildernder Gesichtspunkt im Rahmen der Gesamtwürdigung zu berücksichtigen.³⁶

Zu Gunsten des Beklagten hat [das Verwaltungsgericht] berücksichtigt, dass er sich sowohl im Disziplinarverfahren wie auch im Strafverfahren geständig eingelassen hat und disziplinar- wie auch strafrechtlich nicht vorbelastet ist. Darüber hinaus hat die Kammer zugunsten des Beklagten berücksichtigt, dass sich dieser während der Begehung der Dienstpflichtverletzung in einer Ehe- und damit einhergehenden Lebenskrise befand und sich zwischenzeitlich zusammen mit seiner Ehefrau einer Sexual- und Paartherapie unterzogen hat, woraus sich – ausgehend von den Ausführungen des sachverständigen Zeugen Dipl.-Psych. X. – eine positive Zukunftsprognose ableiten lässt.

Bei einer abschließenden Gesamtabwägung des Gewichts des dem Beklagten zur Last fallenden Dienstvergehens, der ihn entlastenden Umstände seines Persönlichkeitsbildes sowie des erheblichen Ausmaßes der von ihm zu verantwortenden Vertrauensbeeinträchtigung gelangt die Kammer zu der Bewertung, dass als Sanktion für sein Fehlverhalten allein die Höchstmaßnahme angezeigt ist. Der Beklagte hat das Vertrauen des Dienstherrn und der Allgemeinheit unwiderruflich zerstört. Der bei dem Beklagten eingetretene vollständige Ansehensverlust kann auch durch eine erfolgreich absolvierte Therapie in Zusammenschau mit den weiteren zu seinen Gunsten streitenden Umständen nicht rückgängig gemacht werden. Selbst unter

³⁴ juris Rn. 87-89.

³⁵ juris Rn. 90.

³⁶ juris Rn. 92-95 mit Verweis auf BVerwG, Beschluss vom 15. Juni 2016, 2 B 49.15, juris, Rn. 11 und 13.

hypothetischer Annahme des Milderungsgrundes einer „Entgleisung während einer inzwischen überwundenen [negativen] Lebensphase“ im Tatzeitraum würde die vorzunehmende Gesamtabwägung unter Berücksichtigung der weiteren zugunsten des Beklagten streitenden Umstände angesichts der erheblichen Dienstpflichtverletzung des Beklagten nicht dazu führen, dass von der disziplinarrechtlichen Höchstmaßnahme abzusehen wäre.³⁷

Die Feststellungen und Bewertungen des Verwaltungsgerichts teilt das OVG NRW nach eigenständiger Prüfung und legt sie seiner Entscheidung zu Grunde.

„Dabei findet – entgegen dem spekulativen gegenteiligen Vorbringen des Beklagten – insbesondere Berücksichtigung, dass dessen Steuerfähigkeit [...] erhalten geblieben ist. Im Übrigen ist insbesondere auch mit Blick auf den beruflichen Kontext des Beklagten festzustellen, dass die Voraussetzungen einer „negativen Lebensphase“ [...] nicht vorliegen. [...] Der Beklagte hat] beruflich nicht lediglich „nur noch funktioniert“. Jedenfalls nach außen und damit für seine Kollegen und Vorgesetzten erkennbar hat der Beklagte seine Aufgaben im Bereich der Sozialhilfe im Tatzeitraum derart erfolgreich wahrgenommen, dass er ausweislich seiner dienstlichen Beurteilungen seine Beurteilungsnoten verbessert und sich sogar für eine Leitungstätigkeit qualifiziert hat. Dementsprechend ist er im Jahr 2018 zum stellvertretenden Teamleiter bestellt worden [...] Anhaltspunkte für eine [...] berufliche Überlastung bzw. „völlige Überforderung“ bestehen hingegen nicht. [...] Hinsichtlich seines Privatlebens ist ein „aus der Bahn geraten“ ebenfalls nicht zu erkennen [...].³⁸

Das Beamtenverhältnis ist nicht nur dann disziplinarrechtlich zu beenden, wenn von dem Beamten auch zukünftig die Gefahr eines Verstoßes gegen Dienstpflichten in erheblicher Weise besteht, sondern auch, wenn – wie hier – bereits die durch sein Fehlverhalten herbeigeführte Schädigung des Ansehens des Berufsbeamtentums bei einer Fortsetzung des Beamtenverhältnisses nicht wieder gutzumachen ist.“[...] Das Bemessungskriterium „Umfang der Beeinträchtigung des Vertrauens des Dienstherrn oder der Allgemeinheit“ gemäß § 13 Abs. 2 Satz 3 LDG NRW erfordert eine Würdigung des Fehlverhaltens des Beamten insbesondere im Hinblick auf seinen allgemeinen Status und seinen Tätigkeitsbereich innerhalb der Verwaltung. [...] Die Würdigung aller Aspekte unter Beachtung auch dieses Kriteriums führt bei prognostischer Beurteilung zu der Bewertung, dass der Dienstherr und die

Allgemeinheit dem Beklagten nach dem von ihm begangenen schweren Dienstvergehen unter Berücksichtigung von Anzahl und Inhalt der kinderpornographischen Schriften kein Vertrauen mehr in eine zukünftig pflichtgemäße Amtsausübung entgegenbringen können, weil die von ihm zu verantwortende Ansehensschädigung des Berufsbeamtentums bei einem Fortbestehen des Beamtenverhältnisses nicht wieder gutzumachen und der vollständige Vertrauensverlust nicht zu beheben ist. Der Beklagte hat gegen leicht einsehbare Pflichten verstoßen, deren strikte Einhaltung auch in den Augen der Allgemeinheit von zentraler Bedeutung ist. Hierdurch ist er – auch unter Berücksichtigung der genannten mildernden Gesichtspunkte – als Beamter untragbar geworden. Angesichts des vom Beklagten begangenen Dienstvergehens und der aufgezeigten Gesamtwürdigung ist die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis nicht unverhältnismäßig.³⁹

3. Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis

Anhand der vorliegenden Entscheidung wird deutlich, mit welchen Ausführungen im Disziplinarverfahren und mit welcher Tiefe und unter Einholung von Sachverständigengutachten zu rechnen ist, wenn es um den Vorwurf der strafbaren Kinder- und Jugendpornographie und die Entfernung aus dem Beamtenverhältnis geht.

Dies ist eine Herausforderung für Behörden, die es in personeller Hinsicht zu meistern gilt. Zum einen bedarf es fachlich gut ausgebildeter Ermittlungsführerinnen und -führer. Zum anderen darf im Sinne des Fürsorgeprinzips nicht außer Acht gelassen werden, dass solche Verfahren für Ermittlungsführerinnen und -führer in psychischer Hinsicht sehr belastend sein können und nicht jeder in der Lage ist, dies unbeschadet zu meistern. Insbesondere kleinere Kommunen dürften es hier schwerer haben, geeignetes Personal zu finden und ihnen diese schwierigen Aufgaben zu übertragen.

Strafprozesse und Disziplinarverfahren können zudem mehrere Jahre in Anspruch nehmen. Die Gesamtdauer des behördlichen und gerichtlichen Disziplinarverfahrens im dargestellten Fall betrug zur Orientierung mehr als vier Jahre.⁴⁰ Auch dies gilt es aus behördlicher Sicht personell mitzudenken. Schließlich dürfte es das taktische Ziel eines Rechtsanwalts sein, die Mandantschaft (so lange wie möglich) im Beamtenverhältnis zu halten. Dazu gehört das „Zünden von Nebelkerzen“. Es bietet sich aufgrund der strafrechtlichen Verschärfungen an, auf eine

³⁷ juris Rn. 97-99.

³⁸ juris Rn. 103.

³⁹ juris Rn. 105-110.

⁴⁰ juris Rn. 111.

Rechtslage abzustellen, die für den Mandanten nicht mehr gelten kann, für diesen aber günstig ist. Nur so erklärt sich, weshalb im vorliegenden Fall auf den Umstand eines außerdienstlichen Fehlverhalten abgestellt worden ist. Darauf kam es hier aufgrund der maßgeblichen Strafandrohung nicht mehr an.

Nicht unerwähnt bleiben darf, dass das zum 1. Juli 2021 in Kraft getretene Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder vom 16. Juni 2021 (BGBl. I S. 1810) grundlegend neugefasst worden ist und erst jüngst eine weitere Anpassung erfahren hat.⁴¹ Da die Verhältnismäßigkeit der damit eingeführten Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe fraglich erschien, wurde diese wiederrum angepasst. Schließlich gab es Fälle, in denen die beschuldigte Person offensichtlich nicht aus einem eigenen sexuellen Interesse an kinderpornographischen Inhalten gehandelt hat, sondern (im Fall des § 184b Absatz 1 Satz 1 StGB) im Gegenteil, um eine andere Tat nach § 184b StGB zu beenden, zu verhindern oder aufzuklären. Besonders häufig waren solche Fälle bei Eltern sowie Lehrerinnen und Lehrern aufgetreten, die kinderpornographisches Material an andere Eltern, Lehrerinnen oder Lehrer oder die Schulleitung weitergeleitet haben, um diese über den Missstand zu informieren. Durch das Absenken der Mindeststrafen und unter Beibehaltung der Höchststrafen soll nun entsprechenden Fällen ausreichend Rechnung getragen werden können.⁴² Auch dies wird in behördliche Einschätzungen im Rahmen von Disziplinarverfahren einfließen müssen.

II. Sexuelle Belästigung einer Praktikantin außerhalb der Dienstzeit

Die Gewinnung von Nachwuchskräften stellt viele Behörden vor personelle Herausforderungen, schließlich bedarf es dazu auch einer ausreichenden Anzahl an qualifizierten und motivierten Ausbilderinnen und Ausbildern, die in der Lage sind, die Nachwuchskräfte begeistern und -binden zu können. Dem Verfasser ist bekannt, dass Studierende der HSPV NRW im Einzelfall hier über gravierende Missstände berichten. Es besteht nicht nur der Eindruck, dass manche Ausbilderinnen und Ausbilder versuchen, sich der ihnen übertragenen „unliebsamen“ Aufgabe der Ausbildung und Unterweisung dadurch zu entledigen, in dem sie vorsätzlich schlecht oder faktisch gar nicht ausbilden. Es

sind auch schon Nachwuchskräfte implizit aufgefordert worden, dies bei der Ausbildungsleitung zu berichten, damit den Ausbilderinnen und Ausbildern in Zukunft keine weiteren Nachwuchskräfte zugewiesen werden, die sie als Belastung empfinden. In diesem Zusammenhang wird auch die Unzufriedenheit mit der eigenen Behörde auf Nachwuchskräfte übertragen, was weitere Unzufriedenheit schafft. Selten berichten Studierende auch über Fälle der sexuellen Belästigung und den teilweise nicht nachvollziehbaren Umgang der Ausbildungsbehörde mit entsprechenden Fällen. Dies verwundert nicht, da sexuelle Belästigungen eine sensible Thematik sind, bei der es regelmäßig entscheidend auf die Beweisführung durch Zeugen ankommt. Rechtssicheres Vorgehen ist entscheidend, jedoch nicht einfach, weshalb sich auch die disziplinarrechtliche Fachliteratur mit der Thematik vertieft auseinandersetzt.⁴³ Über den Fall einer außerhalb der Dienstzeit begangenen sexuellen Belästigung einer Praktikantin urteilte das BVerwG,⁴⁴ weshalb die Entscheidung Behörden in vergleichbaren Konstellationen eine sehr gute Orientierung bieten dürfte.⁴⁵ Aus diesem Grund fand die Entscheidung in der Fachliteratur größere Beachtung.⁴⁶ Der Fall ist auf Fälle von Beamtinnen und -beamten in Kommunen und im Land NRW übertragbar.

1. Sachverhalt

Der der Entscheidung zu Grunde liegende Sachverhalt wird hier vereinfacht zusammengefasst.⁴⁷ Mit ihrer Disziplinaranzeige erstrebt der Bundesnachrichtendienstes (BND) als Klägerin die Zurückstufung eines bei ihm seit 2007 im Dienst stehenden Beamten, einem Regierungsamtmann (Besoldungsgruppe A 11 BBesO), der 1981 geboren wurde und seit 2021 verheiratete ist. In seiner letzten aktenkundigen dienstlichen Beurteilung wurde ihm eine Normalleistung bescheinigt. Disziplinarrechtlich war der Beamte als Beklagter bislang nicht in Erscheinung getreten.

Anfang Februar 2022 berichtete die im Jahr 2000

⁴³ Beispielsweise wird das Thema der sexuellen Belästigung durch Keller, *Disziplinarrecht für die polizeiliche Praxis*, 5. Auflage 2023 wiederholt aufgegriffen und kann zur Vertiefung empfohlen werden, siehe dort S. 429, 430, 535, 537 bis 542.

⁴⁴ Erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit des BVerwG gem. § 50 Abs. 1 Nr. 4 VwGO und § 45 Satz 5 BDG.

⁴⁵ BVerwG, Urteil vom 01. Februar 2024, 2 A 7.23.

⁴⁶ Nitschke, *NVwZ* 2024, 926-931; von der Weiden, *jurisPR-BVerwG* 17/2024 Anm. 4; Bretschneider, *PersV* 2024, 369-371; Siegel, *ArbR* 2024, 266.

⁴⁷ BVerwG, Urteil vom 01. Februar 2024, 2 A 7.23, juris 1-10.

⁴¹ Gesetz zur Anpassung der Mindeststrafen des § 184b Absatz 1 Satz 1 und Absatz 3 des Strafgesetzbuches – Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Inhalte, BGBl. 2024 I Nr. 213 vom 27.06.2024.

⁴² BT-Drs. 20/10540 S. 2 f.; BT Drs. 20/11419, S. 2.

geborene Zeugin S., die seit Dezember 2021 im Rahmen ihres Vorbereitungsdienstes für den gehobenen Dienst beim BND als Praktikantin zugewiesen war, von grenzüberschreitendem Verhalten des Beklagten am Abend des 06. Dezember 2021. Nach der Beendigung eines dienstlichen Auftrags wurde ein Restaurant besucht. Dort fand der Vorfall statt. Es wurden seitens des Beklagten u.a. Sexualpraktiken und sexuelle Vorlieben Gegenstand des im Restaurant stattfindenden Gesprächs. Über diesen Vorfall hatte die Zeugin S. kurz darauf mit ihrer damaligen Mitbewohnerin, der Zeugin N., gesprochen. Die Zeugin N. war ihrerseits im Privaten einige Monate zuvor Gast auf der Hochzeit des Beklagten gewesen. Die Zeugin S. berichtete auch ihrem stellvertretenden Sachgebietsleiter W. als Vorgesetztem über den Vorfall.

Der BND leitete daraufhin im März 2022 ein Disziplinarverfahren gegen den Beklagten ein. Der Beklagte ließ sich dahingehend ein, dass Sexualpraktiken Gegenstand des Gesprächs vom 6. Dezember 2021 gewesen seien. Er beschrieb jedoch einen abweichenden Verlauf des Abends.

Die Klägerin hat im Juli 2023 Disziplarklage erhoben und dem Beklagten vorgeworfen, am Abend des 6. Dezember 2021 die ihn zu Ausbildungszwecken begleitende Zeugin S. als Praktikantin im Anschluss an einen Dienstgang zum abendlichen Besuch eines Restaurants überredet und gegen deren Willen wiederholt mit Gesprächsthemen sexuellen Inhalts bedrängt zu haben. Hierbei sowie bei der Verabschiedung habe sich der Beklagte der Praktikantin auch körperlich gegen ihren Willen genähert. Damit habe er gegen die beamtenrechtliche Wohlverhaltenspflicht verstoßen. Darüber hinaus stelle sein pflichtwidriges innerdienstliches Verhalten eine sexuelle Belästigung dar und damit ein Dienstvergehen von beträchtlichem disziplinarischem Gewicht. Das Vertrauen in den Beklagten sei erheblich beeinträchtigt.

Die Klägerin beantragt, den Beklagten in das Amt eines Regierungsoberinspektors (Besoldungsgruppe A 10 BBesO) zurückzustufen. Der Beklagte bestreitet die Begehung eines Dienstvergehens und sieht im Übrigen eine Zurückstufung als unverhältnismäßig an. Er beantragt, die Klage abzuweisen. Der erstinstanzlich zuständige Senat des BVerwG hat Beweis erhoben durch Zeugenvernehmung (S., N., und W.) und die Zurückstufung als erforderlich und ausreichend angesehen.

2. Entscheidungsgründe

Der Senat sieht in seiner Entscheidung⁴⁸ folgenden Sachverhalt als erwiesen an: *„Nach Beendigung ihres dienstlichen Auftrags am 6. Dezember 2021 kamen der Beklagte und die Zeugin S. überein, zum Zwecke der Verschleierung des operativen Dienstgeschäfts einen Weihnachtsmarkt zu besuchen. [Dort] hielten sie sich ca. zwei Stunden auf. [Der] Beklagte [nahm] drei bis vier Glühwein zu sich. [...] Dem schloss sich - auf Initiative des Beklagten - der Besuch eines nahegelegenen Restaurants an. Nachdem beide zu Beginn ihres Aufenthalts dort vereinbart hatten, das Ende der Dienstzeit auf 17 Uhr festzulegen, konfrontierte der Beklagte die Zeugin S. unvermittelt und ohne Übergang damit, dass er und seine Frau Swinger-Clubs besuchten, und lud die Zeugin ein, ihn dorthin zu begleiten, was diese ablehnte. Daraufhin befragte der Beklagte die Zeugin S. mehrfach dazu, ob sie beim Geschlechtsverkehr die Stellung "missionary" oder "doggy" bevorzuge. Obwohl die Zeugin S. zum Ausdruck brachte, dass sie "doggy" an Vergewaltigungen in Filmen erinnere und ihr ein Gespräch hierüber unangenehm sei, setzte der Beklagte seine "Befragung" unbeeindruckt fort. Hiervon ließ er sich auch nicht dadurch abbringen, dass die Zeugin während des etwa ein- bis eineinhalbstündigen Aufenthalts im Restaurant dem Beklagten gegenüber äußerte, es sei ihr unangenehm, über das Thema zu reden, laut "Themenwechsel" rief und dem Beklagten wiederholt mitteilte, dass er hierauf keine Antwort von ihr erhalten werde. Vielmehr ging der Beklagte dazu über, die Zeugin S. zu fragen, ob sie masturbiere und welche Spielzeuge sie zu diesem Zweck benutze. Dieser Situation versuchte sich die Zeugin S. ohne Erfolg dadurch zu entziehen, dass sie sich als "langweilig" darstellte, davon berichtete, dass sie sexuelles Interesse an einer anderen Person nur bei emotionaler Verbundenheit verspüre, und dem Beklagten Fragen zu anderen Themen stellte, worauf dieser jeweils nur knapp einging. Im weiteren Verlauf ergriff der Beklagte zudem die Hand der Zeugin S., was er - nachdem diese sich darüber bewusstgeworden war - mit der Bemerkung kommentierte, warum sie "eigentlich Händchen halten" würden. Zudem ließ der Beklagte die Zeugin S. wissen, es gefalle ihm, dass diese sich "bauchfrei" zeige. Hierauf erwiderte die Zeugin S., dass dies nicht der Fall sei und sie wegen Mobbing Erfahrungen in der Schule nicht auf ihr Outfit angesprochen werden wolle. Während des Aufenthalts im Restaurant nahm der Beklagte zwei Bier zu sich. Nach Verlassen des Restaurants verabschiedete sich der Beklagte von der Zeugin S. [...], wobei er*

⁴⁸ BVerwG, Urteil vom 01. Februar 2024, 2 A 7.23, Entscheidungsgründe juris 11-43.

sie umarmte und auf die Wangen küsste.⁴⁹

Das BVerwG ordnet das festgestellte Verhalten ein, wonach „der Beklagte die ihm obliegenden Dienstpflichten vorsätzlich, rechtswidrig und schuldhaft verletzt und ein einheitliches, innerdienstliches Dienstvergehen [...] begangen [hat]. [Er] hat durch sein Verhalten gegenüber der Zeugin S. am Abend des 6. Dezember 2021 rechtswidrig und schuldhaft seine Pflicht zu achtungs- und vertrauenswürdigem Verhalten aus § 61 Abs. 1 Satz 3 BBG [§ 34 Abs. 1 S. 3 BeamtStG] verletzt.“

Wie die Grundpflichten des Beamten in § 60 BBG [§ 33 BeamtStG] dienen auch die Anforderungen an sein Verhalten in § 61 Abs. 1 Satz 3 BBG [§ 34 Abs. 1 S. 3 BeamtStG] dazu, eine ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung der Beamten und damit die Funktionsfähigkeit des Berufsbeamtentums zu gewährleisten. Anderen Beschäftigten gegenüber haben sich Beamte korrekt und kollegial zu verhalten, sie müssen den Betriebsfrieden wahren [...] Unsachliche Äußerungen, die in einem dienstlichen Kontext deplatziert und geeignet sind, das kollegiale Dienstverhältnis der Beschäftigten zu beeinträchtigen, hat der Beamte zu unterlassen [...] Dies gilt in besonderer Weise für Äußerungen mit einer sexuellen Konnotation. Für solche Äußerungen ist im Dienst generell kein Raum. Beschäftigte müssen im Dienst und im Dienstgebäude vor Bemerkungen mit sexuellem Inhalt und vor Zudringlichkeiten anderer Bediensteter sicher sein [...]. Diese Voraussetzung hat der Dienstherr zu gewährleisten und durch präventive sowie repressive Maßnahmen sicherzustellen. Sexuelle Belästigungen (§ 3 Abs. 4 und § 24 Nr. 1 AGG), die bereits durch Bemerkungen erfüllt sein können, sind stets ein Dienstvergehen. Die Annahme eines Verstoßes gegen die Pflicht aus § 61 Abs. 1 Satz 3 BBG [§ 34 Abs. 1 S. 3 BeamtStG] setzt die Einordnung als sexuelle Belästigung im Sinne des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes aber nicht voraus [...]. Die Verpflichtung zu achtungs- und vertrauenswürdigem Verhalten ist amtsbezogen, wird also durch die Anforderungen des dem Beamten verliehenen Statusamts geprägt. Beamte in Führungssämtern haben ihr Verhalten an der mit dem ihnen verliehenen Amt verbundenen Vorbildfunktion und der Vertrauensstellung als Vorgesetzte auszurichten. Gegenüber den ihnen unterstellten Mitarbeitern sind sie zu einem respektvollen Umgang und zur Achtung der Privat- und Intimsphäre verpflichtet. Sexuelle Belästigungen durch Vorgesetzte unter Ausnutzung ihrer überlegenen beruflichen Stellung sind regel-

mäßig ein schweres Dienstvergehen [...].

Die aus der Wohlverhaltenspflicht resultierenden Anforderungen hat der Beklagte mit den festgestellten Äußerungen und durch das Herstellen von körperlichem Kontakt gegen den Willen der Zeugin S. in grober Weise verletzt. Die beharrlichen Fragen des Beklagten zu den von der Zeugin S. bevorzugten Sexualpraktiken sind aufgrund ihres sexuellen Inhalts zudem als sexuelle Belästigung zu bewerten (§ 3 Abs. 4 AGG).⁵⁰

Der Beklagte hat das Dienstvergehen innerdienstlich i. S. d. § 77 Abs. 1 Satz 1 BBG [§ 47 Abs. 1 S. 1 BeamtStG] begangen. Nach § 77 Abs. 1 Satz 1 BBG [§ 47 Abs. 1 S. 1 BeamtStG] begehen Beamte ein Dienstvergehen, wenn sie schuldhaft die ihnen obliegenden Pflichten verletzen. Außerhalb des Dienstes ist die Pflichtverletzung nach § 77 Abs. 1 Satz 2 BBG [§ 47 Abs. 1 S. 2 BeamtStG] nur dann ein Dienstvergehen, wenn die Pflichtverletzung nach den Umständen des Einzelfalls in besonderem Maße geeignet ist, das Vertrauen in einer für ihr Amt oder das Ansehen des Beamtentums bedeutsamen Weise zu beeinträchtigen. Die Unterscheidung zwischen inner- und außerdienstlicher Pflichtverletzung beruht nicht ausschließlich auf der formalen Zuordnung in räumlicher oder zeitlicher Beziehung zur Dienstaussübung. Das wesentliche Unterscheidungselement ist vielmehr funktionaler Natur. Entscheidend für die rechtliche Einordnung eines Verhaltens als innerdienstliche Pflichtverletzung ist dessen kausale und logische Einbindung in ein Amt und die damit verbundene dienstliche Tätigkeit. Maßgebliche Bedeutung kommt somit dem Umstand zu, ob das pflichtwidrige Verhalten in das Amt und in die damit verbundenen dienstlichen Pflichten eingebunden gewesen ist. Besteht diese Verknüpfung, kommt es nicht darauf an, ob das Dienstvergehen innerhalb oder außerhalb der Dienstzeit begangen wird. Ist eine solche Einordnung nicht möglich - insbesondere wenn sich das Handeln als das Verhalten einer Privatperson darstellt -, ist es als außerdienstliches (Fehl-)Verhalten zu qualifizieren. [...] Ausgehend hiervon ist die Dienstpflichtverletzung im vorliegenden Fall als innerdienstlich zu qualifizieren. Denn der Beklagte hat die Zeugin S., die seinem Sachgebiet als Praktikantin zugewiesen war, nur aufgrund der Einbettung in den als "Verschleierungsmaßnahme" dienstlich geprägten Besuch des Weihnachtsmarkts und damit unter Ausnutzung des dienstlichen Kontexts zu dem nachfolgenden Restaurantbesuch bewegen können. Dies gilt erst recht, wenn - was zur Überzeugung des Senats feststeht - das Ende

⁴⁹ BVerwG, Urteil vom 01. Februar 2024, 2 A 7.23, juris 13-14. In den Rn. 15-19 setzt sich der Senat mit der Glaubwürdigkeit der Zeugen und der glaubhaften Sachverhaltschilderung auseinander.

⁵⁰ juris Rn. 20-25.

des Dienstgeschäfts erst im Restaurant selbst festgestellt worden ist. Diese formale Zäsur ließ die Prägung eines einheitlichen Geschehensablaufs nicht entfallen und machte das sich anschließende Gespräch nicht zu einem Teil rein privater Freizeitgestaltung. Dies wird bereits daran deutlich, dass sich die Zeugin S. gerade wegen des engen dienstlichen Zusammenhangs und ihrer untergeordneten Stellung als Praktikantin daran gehindert gesehen hat, "so zu reagieren, wie ich eigentlich hätte reagieren wollen" und das Gespräch zu beenden. Auch nach dem formalen Ende der Dienstzeit war das Treffen daher in die dienstliche Tätigkeit des Beklagten und der Zeugin S. eingebunden und von ihm geprägt. Nur aufgrund des vorangegangenen Dienstgeschäfts befand sich die Zeugin S. damit in einer Lage, aus der sie sich als Praktikantin nicht "gesichtswahrend" zu befreien wusste.⁵¹

Das Dienstvergehen erfordert seiner Art und Schwere nach eine statusberührende Disziplinarmaßnahme. Unter Berücksichtigung sämtlicher bemessungsrelevanter Umstände ist das Dienstvergehen des Beklagten mit einer Zurückstufung (§ 9 BDG) [§ 9 LDG NRW] um eine Stufe in das Amt eines Regierungsoberinspektors [...] zu ahnden. [...] Das Fehlverhalten des Beklagten ist nach seiner Schwere dem mittleren Bereich zuzuordnen. [Es] ist in den Blick zu nehmen, dass der Beklagte mit seinen verbalen Äußerungen die Intim- und Sexualsphäre der Zeugin S. wiederholt massiv verletzt und von seinem grenzüberschreitenden Verhalten nicht abgelassen hat, obwohl die Zeugin ihm gegenüber mehrfach auf unterschiedliche und für ihn deutlich wahrnehmbare Weise geäußert hatte, ein Gespräch über Sexualität, Sexualpraktiken und ihr Aussehen nicht führen zu wollen. Zulasten des Beklagten ist zudem einzustellen, dass zwischen ihm und der als Praktikantin dem Sachgebiet erst seit vier Tagen zugewiesenen und deutlich lebensjüngeren Zeugin S. im Tatsächlichen ein deutliches hierarchisches Gefälle bestand, wenngleich der Beklagte keine Vorgesetztenfunktion ihr gegenüber innehatte. Dies hatte die für den Beklagten erkennbare Folge, dass die Zeugin S. in ihren Reaktionen gehemmt war. Auch zeigt die Aussage der zum damaligen Zeitpunkt in einem anderen Sachgebiet als Praktikantin tätigen Zeugin N., die sich trotz einer nur lockeren Bekanntschaft mit dem Beklagten auf dessen Hochzeit ebenfalls unvermittelt und ohne Anwesenheit weiterer Personen mit dessen Vorschlag konfrontiert sah, gemeinsam einen Swinger-Club zu besuchen, dass das mit der Disziplinaranzeige beanstandete Verhalten des Beklagten seinem Persönlichkeitsbild entspricht.

Zulasten des Beklagten ist des Weiteren zu berücksichtigen, dass sich das Dienstvergehen nicht nur in verbalen Äußerungen erschöpft, sondern auch körperlichen Kontakt wie das - wenn auch kurze - Halten der Hand der Zeugin und die Verabschiedung mit Umarmung und Wangenküssen beinhaltet hat. Dabei verkennt der Senat nicht, dass ein Umarmen und Küssen auf die Wange auch unter Kollegen zu eingespielten Gepflogenheiten gehören kann. Dies war im Verhältnis des Beklagten zur Zeugin S. jedoch nicht der Fall. Dem Beklagten musste aufgrund des vorangegangenen Gesprächsverlaufs klar sein, dass dies eine weitere Grenzüberschreitung zulasten der Zeugin S. bedeutete, mit deren Verständnis oder gar Zustimmung er aufgrund der vorangehenden Gesamtumstände schlechterdings nicht rechnen konnte.

Demgegenüber kommen dem Beklagten von der Rechtsprechung entwickelte "anerkannte" Milderungsgründe nicht zugute. Entsprechende Umstände hat der Beklagte nicht geltend gemacht, Anhaltspunkte für das Vorliegen eines anerkannten Milderungsgrundes bestehen auch ungeachtet dessen nicht.

Ebenso fehlt es an durchgreifenden, zu einer milderen Disziplinarmaßnahme führenden entlastenden Umständen.

Zwar ist entlastend zu berücksichtigen, dass der Beklagte zuvor während der Ausübung seines Dienstes disziplinarrechtlich nicht in Erscheinung getreten ist und ein singuläres Ereignis in Rede steht, das sich im öffentlichen Raum und damit unter grundsätzlich möglicher Beobachtung ggf. schutzbereiter Dritter zugetragen hat. Dem kommt wegen des engen dienstlichen Zusammenhangs und der Intensität der grenzüberschreitenden Verhaltensweisen indessen nur geringes Gewicht zu. Auch war es der Zeugin S. aufgrund der Gesamtumstände nicht möglich, das Gespräch mit dem Beklagten und den Aufenthalt im Restaurant ohne Weiteres und "gesichtswahrend" zu beenden.

Nicht zugunsten des Beklagten ist dessen Alkoholkonsum am späten Nachmittag bzw. frühen Abend des 6. Dezember 2021 einzustellen. Dies gilt in Bezug auf den konsumierten Alkohol im Restaurant schon deshalb, weil sich dieser über die Dauer des Aufenthalts erstreckte, der Beklagte jedoch bereits zu dessen Beginn die Zeugin S. mit den Themen Sexualität und Sexualpraktiken konfrontiert hatte. Ungeachtet dessen hat der Beklagte, der sich sowohl in seiner schriftlichen Einlassung im Disziplinarverfahren als auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat zum Thema Alkoholkonsum verhalten hat, zu keinem Zeitpunkt eine hierdurch verursachte Verhaltensbeeinträchtigung oder gar Ausfallerscheinungen geltend gemacht, auch

⁵¹Juris Rn. 26-28.

entsprechende Beweisanträge sind nicht gestellt worden, schließlich hat die Zeugin S. im Verhalten des Beklagten keine alkoholbedingten Auffälligkeiten festzustellen vermocht.⁵²

Entgegen der für den Beklagten vorgetragenen Ansicht kann zu seinen Gunsten nicht berücksichtigt werden, dass der BND nicht über Dienstvorschriften speziell zum Umgang mit Praktikanten verfügt. Die Pflicht zu einem von Achtung und Respekt geprägten Verhalten gegenüber Kollegen und Dritten ergibt sich nicht nur aus der beamtenrechtlichen Wohlverhaltenspflicht, sie beschreibt eine Selbstverständlichkeit menschlichen Zusammenlebens, die keiner ausdrücklichen Normierung bedarf.⁵³

3. Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung des BVerwG erleichtert der Praxis die rechtliche Einordnung verschiedener rechtlicher Fragestellung und kann Behörden als wichtige Entscheidungshilfe dienen:

Vorrangig beschäftigt sich das BVerwG mit der Frage, wann eine innerdienstliche oder außerdienstliche Pflichtverletzung vorliegt. Die Ausführungen dazu erleichtern den Behörden die Einordnung auch in anderen Fällen:

Der Senat zeigt auf, dass eine innerdienstliche Pflichtverletzung vorliegt, wenn das pflichtwidrige Verhalten in das Amt und in die damit verbundenen dienstlichen Pflichten eingebunden ist. Wenn dies der Fall ist, dann ist es unerheblich, ob das Dienstvergehen innerhalb oder außerhalb der Dienstzeit begangen wird. Bei der rechtssicheren Einordnung eines Verhaltens als innerdienstliche Pflichtverletzung ist mit anderen Worten dessen kausale und logische Einbindung in ein Amt und die damit verbundene dienstliche Tätigkeit entscheidend. Auch außerhalb der Dienstzeit erfolgte Pflichtverletzungen können daher innerdienstlicher Natur sein, wenn sie im inneren Zusammenhang mit dem dienstlichen Auftrag stehen. Etwas anderes dürfe dann gelten, wenn es um „normale“ Verabredungen unter Kolleginnen und Kollegen für gemeinsame Aktivitäten in der Freizeit geht. Wenn es hier zu Pflichtverletzungen kommen sollte, sind diese außerdienstlicher Natur.⁵⁴

Das Urteil des BVerwG konkretisiert zum anderen die beamtenrechtliche Wohlverhaltenspflicht gegenüber Kolleginnen und Kollegen und Auszubildenden

und Praktikanten bei sexuell übergriffigem Verhalten.⁵⁵

Es zeigt zudem auf, dass der Alkoholkonsum bei einer innerdienstlichen Pflichtverletzung nach Dienstende als pauschaler Milderungsgrund unerheblich ist, wenn zu keinem Zeitpunkt eine hierdurch verursachte Verhaltensbeeinträchtigung oder gar Ausfallerscheinungen zu erkennen ist.⁵⁶

Des Weiteren zeigt das BVerwG in seiner Entscheidung auf, dass es keinen Grund für eine den Umgang speziell mit Praktikanten und Auszubildenden regelnde Dienstvorschrift oder eine dahingehende Obliegenheit der Behörde gibt, da der respektvolle Umgang mit sämtlichen Kollegen und Dritten eine Selbstverständlichkeit menschlichen Zusammenlebens beschreibt, die keiner ausdrücklichen Normierung bedarf. Dem dürfte auch aus Sicht der Literatur nichts hinzuzufügen zu sein.⁵⁷

III. Potentialfeststellungen im Rahmen von Auswahlverfahren

In Auswahlverfahren versuchen Dienstherrn im Kampf um die klügsten Köpfe, neue Wege zu gehen. Dabei wirft sich die Frage auf, ob diese Wege mit den gesetzlichen Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG und dem darin enthaltenen Leistungsprinzip zu vereinbaren sind. Dabei können Auswahlverfahren die Ämterpatronage begünstigen und das Vertrauen in den Rechtsstaat nachhaltig erschüttern.⁵⁸ Nicht umsonst wirft das Auswahlverfahren im Rahmen der Besetzung der OVG-Präsidentenstelle in NRW Fragen auf, mit dem sich neben dem Landtag auch die Öffentlichkeit beschäftigt. Die Beantwortung dieser Fragen kann aufgrund der rechtlichen Komplexität ohne Sachverständige wohl nicht gelingen. Schließlich hat der Gesetzgeber die komplexen Anforderungen an Besetzungsverfahren und deren Abbruch der „ausdifferenzierten Rechtsprechung (und einer kommentierenden Fachliteratur)“ überlassen.⁵⁹ Es verwundert daher nicht, dass Behörden Schwierigkeiten bei der Wahl der richtigen Auswahlinstrumente haben.

Hier kommt es nicht nur auf Art. 33 Abs. 2 GG, § 9 BeamStG und § 2 LVO NRW an. Im Prinzip wiederholt § 2 LVO NRW die vorgenannten gesetz-

⁵² juris Rn. 29-39.

⁵³ juris Rn. 40.

⁵⁴ von der Weiden, jurisPR-BVerwG 17/2024 Anm. 4, II.

⁵⁵ Siegel, ArbR 2024, 266.

⁵⁶ BVerwG, Urteil vom 01. Februar 2024, 2 A 7.23, juris 39.

⁵⁷ Nitschke, NVwZ 2024, 921.

⁵⁸ Kritisch zur Gesetzeslage in NRW, Immich, ZBR 2024, S. 238 f.

⁵⁹ Lorse, LT-NRW Stellungnahme 18/2044, A14, Neudruck, 04. November 2024, S. 25.

lichen Regelungen und konkretisiert diese durch eine Wiedergabe der Rechtsprechung. Damit allein kann eine rechtliche Einordnung noch nicht gelingen. Wie komplex die Rechtslage tatsächlich ist, zeigt z.B. die umfangreiche Kommentierung zu § 2 LVO NRW im „Tadday/Rescher“. Diese ist in der letzten Aktualisierung bei dieser Regelung nunmehr auf gut 34 Seiten angewachsen.⁶⁰ Im Studium der Kommentierung wird deutlich, wie sehr die Rechtsprechung für rechtssichere Auswahlverfahren maßgeblich ist. Dies gilt auch für andere Kommentierungen.⁶¹

Die Frage, ob Potentialfeststellungen ein probates Mittel der Personalauswahl darstellen können, hatte das BVerwG im Jahr 2024 rechtlich zu klären.⁶² Die Entscheidung betrifft zwar ein Auswahlverfahren der Bundeswehr, ist jedoch auch im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des BVerwG ergangen und damit auf die Rechtslage in NRW zu übertragen.

1. Sachverhalt

Der der Entscheidung zu Grunde liegende Sachverhalt wird hier vereinfacht zusammengefasst.⁶³

Die Antragstellerin ist Berufssoldatin und begehrt die Zulassung zur Laufbahn der Offizierinnen und Offiziere des militärfachlichen Dienstes. Das Bundesamt für das Personalmanagement der Bundeswehr lehnte diesen Antrag im April 2023 ab. Hiergegen erhob die Antragstellerin im Mai 2023 Beschwerde. Diese wies das Bundesministerium der Verteidigung im Juli 2023 zurück. Zur Begründung führte es aus, dass die Antragstellerin ein erforderliches Auswahlkriterium nicht erfülle und stellte dabei auf einen Indexwert eines von ihr zur Bewerberauswahl verwendeten Potenzialfeststellungsverfahrens ab.

Hiergegen hat die Antragstellerin im August 2023 die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts beantragt und führt dabei aus, dass ihr Bewerbungsverfahrensanspruch verletzt sei. Es sei nicht nachvollziehbar, warum es ihr verwehrt sei, das schlechtere Ergebnis der Potenzialfeststellung durch ihre im Übrigen exzellenten Bewertungen zu kompensieren. Angesichts der hohen Bedeutung der Potenzialfeststellung für den Laufbahnaufstieg

bedürfe es dafür einer gesetzlichen Grundlage, an der es bisher fehle.

Das Bundesministerium der Verteidigung hält das Auswahlverfahren und die entsprechenden Verwaltungsvorschriften für gesetzeskonform und ausreichend. Es beantragte, den Antrag zurückzuweisen.

2. Entscheidungsgründe

Der zulässige und begründete Antrag der Berufssoldatin auf gerichtliche Entscheidung hat Erfolg.⁶⁴ „Das bei der Auswahl für die Zulassung zur Laufbahn der Offizierinnen und Offiziere des militärfachlichen Dienstes herangezogene Verfahren der Potenzialfeststellung beruht auf Verwaltungsvorschriften, für die eine - vom Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes geforderte - hinreichende normative Grundlage fehlt. Die Bewerbung der Antragstellerin durfte deshalb nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dass sie über kein ausreichendes Ergebnis der Potenzialfeststellung verfügt. Der ablehnende Bescheid des Bundesamts für das Personalmanagement der Bundeswehr [...] in der Gestalt des Beschwerdebescheids des Bundesministeriums der Verteidigung [...] ist damit rechtswidrig und verletzt die Antragstellerin in ihrem Bewerbungsverfahrensanspruch aus Art. 33 Abs. 2 GG i. V. m. § 6 Satz 1 SG [= Der Soldat hat die gleichen staatsbürgerlichen Rechte wie jeder andere Staatsbürger.] Sie kann verlangen, dass über ihren Antrag [...] auf Laufbahnzulassung im Auswahljahr 2023 unter Beachtung der nachfolgenden Rechtsauffassung des Gerichts erneut entschieden wird [...].“⁶⁵

Das BVerwG beschreibt in seiner Entscheidung detailliert, wie das Verfahren der Potenzialfeststellung abläuft.⁶⁶

Es kommt zu der Einschätzung, dass das Ergebnis der Potenzialfeststellung für Unteroffiziere im Auswahlverfahren für die Zulassung zur Laufbahn der Offizierinnen und Offiziere des militärfachlichen Dienstes eine entscheidungserhebliche Bedeutung zukommt und im Einzelfall ausschlaggebend für die Zulassung oder Nichtzulassung zum Laufbahnaufstieg sein kann. Das vergleichsweise schlechte Abschneiden der Berufssoldatin bei der Potenzialfeststellung führte zur Ablehnung ihrer Bewerbung.⁶⁷

⁶⁰ Tadday/Rescher, Laufbahnrecht des Landes Nordrhein-Westfalen, 32. Akt. Juni 2024, Teil B, § 2.

⁶¹ Schrapper/Günther, Landesbeamtengesetz NRW, 3. Aufl. 2021, § 19 Rn. 68 -77 zu prozessualen Fragen und zum Schadensersatz.

⁶² BVerwG, Beschluss vom 29. Oktober 2024, 1 WB 36.23.

⁶³ juris Rn. 1-15.

⁶⁴ Entscheidungsgründe juris Rn. 16-56.

⁶⁵ juris Rn. 21.

⁶⁶ juris Rn. 22-25.

⁶⁷ juris Rn. 26-34.

„Dem derzeit allein auf Verwaltungsvorschriften beruhenden Verfahren der Potenzialfeststellung [...] fehlt, soweit seine Ergebnisse unmittelbar mitentscheidende Bedeutung für die Zulassung zur Laufbahn [...] haben, die nach dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts erforderliche normative Grundlage. Die Bewerbung der Antragstellerin durfte deshalb nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dass sie über kein ausreichendes Ergebnis bei der Potenzialfeststellung verfüge. [...] Regelungen, die in das grundrechtsgleiche Recht [...] auf ein dienstliches Fortkommen nach Eignung, Befähigung und Leistung (Art. 33 Abs. 2 GG) eingreifen oder die dieses Recht maßgeblich ausgestalten, unterliegen dem verfassungsrechtlichen Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes [...].“

Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot verpflichten den Gesetzgeber, die für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen im Wesentlichen selbst zu treffen und diese nicht dem Handeln und der Entscheidungsmacht der Exekutive zu überlassen. Wann es aufgrund der Wesentlichkeit einer Entscheidung einer Regelung durch den parlamentarischen Gesetzgeber bedarf, hängt vom jeweiligen Sachbereich und der Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes ab. Die verfassungsrechtlichen Wertungskriterien sind dabei den tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere den darin verbürgten Grundrechten zu entnehmen. Danach bedeutet wesentlich im grundrechtsrelevanten Bereich in der Regel "wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte". Als wesentlich sind also Regelungen zu verstehen, die für die Verwirklichung von Grundrechten erhebliche Bedeutung haben und sie besonders intensiv betreffen [...].⁶⁸ Diese Maßgaben gelten auch für das grundrechtsgleiche Recht des Art. 33 Abs. 2 GG, das jedem Deutschen nach seiner Eignung, Befähigung und Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt gewährleistet, und für den daraus abgeleiteten Leistungsgrundsatz bzw. Grundsatz der Bestenauslese [...]. Einer normativen Grundlage bedarf es danach stets, wenn der durch Art. 33 Abs. 2 GG unbeschränkt und vorbehaltlos gewährleistete Leistungsgrundsatz eingeschränkt wird [...]. Losgelöst von dem Merkmal des Eingriffs unterliegt dem Vorbehalt des Gesetzes aber auch die Ausgestaltung eines Rechtsbereichs, der materiellrechtlich wesentlich von dem grundrechtsgleichen Recht aus Art. 33 Abs. 2 GG geprägt ist [...]. [...] Nach diesen Maßstäben hat der Senat zuletzt mehrfach ausgesprochen, dass für Instrumente und Modelle, mittels derer in der Bundeswehr über das dienstliche Fortkommen der Soldatinnen und Soldaten

nach dem Leistungsprinzip entschieden wird, keine den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden normativen Grundlagen bestehen. [...] In gleicher Weise wie die vorgenannten Instrumente unterfällt auch die Potenzialfeststellung für Unteroffiziere dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts, weil sie - wie etwa die Regelbeurteilung oder die Personalentwicklungsbewertung - ein Instrument der Personalsteuerung darstellt, mit dem über das grundrechtsgleiche Recht der Soldaten auf ein angemessenes dienstliches Fortkommen entschieden wird.⁶⁹

Die mitentscheidende Rolle, die die Potenzialfeststellung im Auswahlverfahren für die Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes spielt, unterscheidet sich von den Konstellationen, in denen das Bundesverfassungsgericht (vgl. BVerfG, Beschluss vom 16. Dezember 2015 - 2 BvR 1958/13 - BVerfGE 141, 56 Rn. 58 f.; Kammerbeschlüsse vom 11. Mai 2011 - 2 BvR 764/11 - NVwZ 2011, 1191 Rn. 11 f. und vom 4. Oktober 2012 - 2 BvR 1120/12 - NVwZ 2013, 573 <574 f.); alle zu dienstlichen Beurteilungen von Bewerbern in unterschiedlichen Statusämtern) und das Bundesverwaltungsgericht für das - insoweit vergleichbare - Beamtenrecht eine "ergänzende" Heranziehung "weiterer Hilfsmittel neben der dienstlichen Beurteilung" auch ohne bestehende normative Grundlagen für zulässig erachtet haben. Es handelt sich dabei durchweg um Fälle, in denen zwei oder mehrere Bewerber über formal gleichwertige dienstliche Beurteilungen verfügten und sich ein Vorsprung eines Bewerbers auch nach vollständiger inhaltlicher Auswertung der (aktuellen und ggf. zurückliegenden) Beurteilungen nicht feststellen ließ. So hielt es zuletzt der für das Beamtenrecht zuständige 2. Senat des Bundesverwaltungsgerichts (Beschluss vom 25. September 2024 - 2 VR 1.24 - Rn. 32 f.) im Ergebnis für zulässig, dass bei der Entscheidung über die Besetzung eines höherwertigen Dienstpostens beim Bundesnachrichtendienst unter den verbliebenen Bewerbern ein Assessmentverfahren durchgeführt wurde, nachdem zuvor in fünf stetig verfeinerten Durchgängen die dienstlichen Beurteilungen ausgewertet und verglichen worden waren und sich dabei nach dem Grundsatz der Bestenauslese kein Bewerber gegenüber den anderen durchsetzen konnte. Von diesen Konstellationen, in denen weitere Hilfsmittel erst nach vollständiger Ausschöpfung der dienstlichen Beurteilungen im "Stichentscheid" herangezogen werden, unterscheidet sich die Potenzialfeststellung grundlegend dadurch, dass ihre Ergebnisse schon zu Beginn des Auswahlverfahrens in der ersten Abschichtung und Reihung

⁶⁸ Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 21. April 2015 - 2 BvR 1322/12 u. a. - BVerfGE 139, 19 Rn. 52 m. w. N.

⁶⁹ BVerwG, Beschluss vom 29. Oktober 2024, 1 WB 36.23, juris Rn. 37-45.

des Bewerberfelds - selbstständig neben den gesetzlich geregelten dienstlichen Beurteilungen und Personalentwicklungsbewertungen - zum Tragen kommen.[...] Die damit auch für die Potenzialfeststellung erforderliche normative Grundlage ist derzeit nicht gegeben. Die geltenden Verwaltungsvorschriften bilden keine hinreichende Grundlage dafür, das Ergebnis einer Potenzialfeststellung als unmittelbar mitentscheidendes Auswahlkriterium bei der Zulassung für die Laufbahn der Offiziere des militärfachlichen Dienstes heranzuziehen. [...] In ihrer bisherigen, allein auf Verwaltungsvorschriften beruhenden Form können die Ergebnisse der Potenzialfeststellung [bei der Bundeswehr ebenso wie bei Beamten] nur in den Fällen zur Anwendung kommen, in denen sich nach vollständiger Ausschöpfung der gesetzlich verankerten Auswahlinstrumente (Regelbeurteilungen, Personalentwicklungsbewertungen) ein - für die Laufbahnzulassung erheblicher - Vorsprung eines Bewerbers gegenüber einem oder mehreren anderen Bewerbern nicht feststellen lässt und es deshalb zulässig ist, "ergänzende Hilfsmittel" für die Auswahlentscheidung heranzuziehen.⁷⁰

Die Potenzialfeststellung kann auch nicht für eine Übergangszeit in den Auswahlverfahren weiter herangezogen werden, da hierfür keine Notwendigkeit besteht. Mit der dienstlichen Beurteilung steht ein geregeltes Auswahlinstrument zur Verfügung, mit dessen Hilfe nach Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG ein aussagekräftiger und rechtlich bedenkenfreier Vergleich der Bewerberinnen und Bewerber nach Eignung, Leistung und Befähigung ermöglicht werden kann.⁷¹

3. Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis

Aufgrund der Entscheidung des BVerwG dürfte die Bundeswehr ihre Auswahlverfahren umstellen müssen, um gerichtsfeste Entscheidungen treffen zu können. Etwas Anderes würde nur dann gelten, wenn der Gesetzgeber hier regelnde Vorgaben im Gesetz treffen würde.

Die Entscheidung des BVerwG folgt konsequent und nachvollziehbar der eigenen bisherigen Rechtsprechung und der des BVerfG. Wenn schon die grundlegenden Vorgaben für die Erstellung dienstlicher Beurteilungen wegen ihrer entscheidenden Bedeutung für Auswahlentscheidungen nach Maßgabe von Art. 33 Abs. 2 GG in Rechtsnormen geregelt sein müssen und bloße Verwaltungs-

vorschriften hierfür nicht ausreichen,⁷² dann kann für Verfahren der Potentialfeststellung nichts Anderes gelten. Die für die Verwirklichung des grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 33 Abs. 2 GG wesentlichen Regelungen muss der Gesetzgeber selbst treffen. Der Vergleich der Bewerber im Rahmen des Art. 33 Abs. 2 GG hat regelmäßig vor allem anhand dienstlicher Beurteilungen zu erfolgen. Die für die Erstellung dienstlicher Beurteilungen maßgeblichen Regelungen des Landes NRW genügen diesen Anforderungen.⁷³

Dennoch geht aus der Entscheidung auch für die Rechtslage in NRW klar hervor: Die Verwaltung kann die Bedeutung gesetzlich vorgesehener Auswahlinstrumente nicht einschränken und ebenso wenig auf reine Verwaltungsvorschriften zurückgreifen, die der Potenzialfeststellung ein zu hohes Gewicht zukommen lassen. Mit der dienstlichen Beurteilung stehen gesetzlich geregelte Auswahlinstrumente zur Verfügung, mit deren Hilfe nach Vorgaben des Art. 33 Abs. 2 GG in erster Linie entschieden werden kann.⁷⁴ Weicht eine Verwaltung davon ab, ist den Auswahlentscheidungen der Boden entzogen und regelmäßig ein neues, den gesetzlichen Anforderungen entsprechendes Auswahlverfahren durchzuführen. Damit geht ein Verwaltungsaufwand einher, der ebenso wenig unterschätzt werden sollte wie die Unzufriedenheit der betroffenen Beschäftigten als Nebenfolge.

Es bewährt sich abermals der juristische Grundsatz: „Ein Blick ins Gesetz fördert die Rechtskenntnis!“⁷⁵ In diesem Fall ist § 2 LVO NRW zu beachten: Laufbahnrechtliche Entscheidungen sind, soweit sie Ernennungen und Aufstieg betreffen, nach Maßgabe des Leistungsprinzips sowie unter Berücksichtigung der Auswahlkriterien des § 10 des Landes-

⁷⁰ juris Rn. 46-52.

⁷¹ juris Rn. 53-55. Siehe auch BVerwG Pressemitteilung Nr. 51/2024 vom 29. Oktober 2024.

⁷² BVerwG, 2. Senat, Urteil vom 07.07.2021, 2 C 2.21, Pressemitteilung Nr. 46/2021 vom 07.07.2021.

⁷³ BVerwG, 2. Senat, Urteil vom 17.09.2020, 2 C 2.20, juris Rn. 16 f.

⁷⁴ BVerwG, 1. Senat, Beschluss vom 29.10.2024, 1 WB 36.23; BVerwG Pressemitteilung Nr. 51/2024 vom 29. Oktober 2024.

⁷⁵ Redewendung beruhend auf Westermann, Wesel, Juristische Weltkunde, 16. Auflage 2020, S. 7.

gleichstellungsgesetzes NRW zu treffen.⁷⁶ Grundlagen für diese Einschätzung können neben aktuellen dienstlichen Beurteilungen ergänzend auch Personalgespräche, strukturierte Interviews, Assessment-Center oder andere wissenschaftlich fundierte Auswahlmethoden sein. Ergänzende Auswahlmethoden kommen insbesondere dann in Betracht, wenn gemessen an den künftigen Aufgaben eine abschließende Entscheidung über Eignung, Leistung und Befähigung auf der Grundlage einer dienstlichen Beurteilung nicht möglich ist.

IV. Zur Anhebung des Gesamturteils als Folge einer fehlerhaften Beurteilung

Ein immer wiederkehrendes Thema im Beamtenrecht ist die Frage, wie rechtssichere Beurteilungen gelingen können. Diese Frage kann auch zum Politikum werden, was die Besetzung der Präsidentenstelle des OVG NRW zeigt. Nachdem der Untersuchungsausschuss in der sog. „OVG-Affäre“ die Beurteilung einer Beamtin aus dem Ministerium des Innern thematisierte, stellte die Presse nicht umsonst die Frage, ob die „Bestnoten für Limbach-Favoritin rechtswidrig“ sind.⁷⁷ Zu dieser Einschätzung kam ein Sachverständiger, der darin in zutreffender Weise die Rechtswidrigkeit der Beurteilung und des damit einhergehenden Auswahlvermerks

feststellte.⁷⁸ Auch das OVG NRW scheint das Ministerium des Innern NRW auf die Rechtswidrigkeit der Beurteilung hingewiesen zu haben, wie die Medien berichteten. Als Folge wurde die Beurteilung aufgehoben.⁷⁹ Ob dies aus politischen oder fachlichen Gründen zu einer weitgehenden Neufassung der maßgeblichen Beurteilungsrichtlinie und Veröffentlichung im Januar 2025 geführt hat, kann offenbleiben.⁸⁰

Wichtiger für den Praxisanwender dürfte die Frage sein, ob es zwingend zu einer Anhebung des vergebenen Gesamturteils kommen muss, wenn eine dienstliche Beurteilung wegen eines Fehlers aufgehoben worden ist und ob dabei ein „Plausibilisierungsbedarf“⁸¹ gegeben ist.⁸² Mit dieser Frage hat sich das BVerwG auseinandergesetzt.

1. Sachverhalt

Der der Entscheidung zu Grunde liegende Sachverhalt wird hier vereinfacht zusammengefasst:⁸³

Die Beteiligten streiten über die Rechtmäßigkeit einer Regelbeurteilung. Der Kläger ist seit Mai 2015 beim Bundesnachrichtendienst (BND) beschäftigt und wurde nach Ablauf der Probezeit im Oktober

⁷⁶ Gutachten zu den Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen einer Anlassbeurteilung auf der Grundlage der Beurteilungsrichtlinien des Innenministeriums NRW im Zusammenhang mit dem Besetzungsverfahren der Stelle des Präsidenten / der Präsidentin des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen, erstattet durch Ministerialrat Jürgen Lorse im Auftrag der Fraktionen von SPD und FDP im Landtag Nordrhein-Westfalen, Meckenheim, 25. Oktober 2024, S. 14.

⁷⁹ Raillion/Tenta, WDR, OVG-Besetzung: Innenministerium zieht Beurteilung zurück, Stand: 15.11.2024, 09:08 Uhr, siehe dazu <https://www1.wdr.de/nachrichten/landespolitik/ovg-besetzungsverfahren-neu-100.html>, zuletzt abgerufen am 03.02.2025.

⁸⁰ Richtlinien für die dienstliche Beurteilung der beamteten Beschäftigten des Ministeriums des Innern (Beurteilungsrichtlinien Ministerium des Innern - BRL IM), Bekanntmachung des Ministeriums des Innern - 24-21.42.02.14 - vom 28. Januar 2025, MBl. NRW. 2025 S. 176-204.

⁸¹ Hält eine Beamtin oder ein Beamter die dienstliche Beurteilung trotz einer Erläuterung durch den Dienstherrn für nicht hinreichend plausibel, liegt es an ihm, die konkreten Punkte zu benennen, die er für unklar oder unzutreffend hält. Hat der Dienstherr ihr oder ihm gegenüber seinen Standpunkt dargestellt, genügt es danach nicht mehr, Einzelbewertungen oder das Gesamturteil als nicht nachvollziehbar zu bezeichnen. Dann liegt es vielmehr am Beamten klarzustellen, hinsichtlich aus welchem Grund er einen weiteren Erläuterungsbedarf sieht. Dazu BVerwG, Urteil vom 01. März 2018, 2 A 10/17, BVerwGE 161, 240.

⁸² BVerwG, Urteil vom 01. Februar 2024, 2 A 1.23.

⁸³ BVerwG, Urteil vom 01. Februar 2024, 2 A 1.23, juris Rn. 1-12.

⁷⁶ Für die Beurteilung von Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung sind nach § 10 Abs. 1 des Gesetzes zur Gleichstellung von Frauen und Männern für das Land Nordrhein-Westfalen (Landesgleichstellungsgesetz – LGG NRW) ausschließlich die Anforderungen des zu besetzenden Arbeitsplatzes oder des zu vergebenden Amtes maßgeblich. Bei der Qualifikationsbeurteilung sollen Erfahrungen und Fähigkeiten aus der Betreuung von Kindern und Pflegebedürftigen einbezogen werden, soweit diese für die zu übertragende Aufgabe von Bedeutung sind. Nach § 10 Abs. 2 LGG NRW gilt: Vorangegangene Teilzeitbeschäftigungen, Unterbrechungen der Erwerbstätigkeit und Verzögerungen beim Abschluss der Ausbildung auf Grund der Betreuung von Kindern oder pflegebedürftiger Angehöriger dürfen nicht nachteilig berücksichtigt werden. Die dienstrechtlichen Vorschriften bleiben unberührt. Familienstand, Einkommensverhältnisse des Partners oder der Partnerin und die Zahl der unterhaltsberechtigten Personen dürfen nicht berücksichtigt werden.

⁷⁷ Blasius, Tobias, OVG-Affäre: Bestnoten für Limbach-Favoritin rechtswidrig? WAZ vom 05.11.2024, 17:40 Uhr, siehe dazu <https://www.waz.de/politik/article407618261/ovg-affaere-bestnoten-fuer-limbach-favoritin-rechtswidrig.html>, zuletzt abgerufen am 03.02.2025.

2020 in das Lebenszeitbeamtenverhältnis übernommen.

Zum Beurteilungsstichtag (1. Juni 2021) erstellte der BND für den Kläger eine Regelbeurteilung betreffend den Beurteilungszeitraum vom 1. April 2019 bis 31. Mai 2021. Diese Regelbeurteilung wurde aufgehoben, weil der Beurteilungszeitraum sich auch auf einen in die Probezeit fallenden Zeitraum des Klägers erstreckte. Die daraufhin erstellte neue Regelbeurteilung umfasst den Beurteilungszeitraum vom 31. Oktober 2020 bis zum 31. Mai 2021. Das Gesamturteil der dienstlichen Beurteilung lautet auf 2 Punkte (= entspricht im Allgemeinen den Anforderungen, weist aber Mängel auf, Notenskala zwischen einem Punkt und sechs Punkten).

Im März 2022 legte der Kläger Widerspruch gegen die dienstliche Beurteilung ein. Zu dessen Begründung führte er aus: Die Gesamtnote 2 werde weder seinen Leistungen, seinem Durchhaltevermögen noch seiner gewissenhaften Auftragsbearbeitung gerecht.

Mit Widerspruchsbescheid wies der BND den Widerspruch im Februar 2023 zurück. Zur Begründung wird insbesondere ausgeführt, der Erstbeurteiler habe die Bewertung inhaltlich plausibilisiert.

Mit der im März 2023 erhobenen Klage macht der Kläger insbesondere geltend, dass der Beurteilung ein unzutreffender Sachverhalt zugrunde liege und die Begründung des Gesamturteils Widersprüche enthalte. Außerdem werde in der Begründung der Beurteilung sachlich fehlerhaft ausgeführt, dass er zu wenig Aufträge bearbeitet habe und fehlerhaft von seiner fehlenden Belastbarkeit ausgegangen werde. Widersprüchlich sei, dass der Erstbeurteiler in den unterschiedlichen Entwürfen wechselnde Begründungen für die gleichbleibende Benotung angeführt habe.

Der Kläger beantragt, die über ihn erstellte dienstliche Beurteilung und den Widerspruchsbescheid aufzuheben und den BND als Beklagte zu verurteilen, den Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts für den Beurteilungszeitraum neu dienstlich zu beurteilen. Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen. Sie ist der Ansicht, die Beurteiler seien von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen. Das frühere fehlerhafte Entwürfe der Beurteilung korrigiert oder ersetzt worden seien, sei unerheblich und führe insbesondere nicht dazu, dass nunmehr das Gesamturteil unplausibel sei.

2. Entscheidungsgründe

Die Klage wurde abgewiesen.⁸⁴ Das BVerwG kam zu der Einschätzung, dass der streitgegenständlichen „Regelbeurteilung [...] kein unzutreffender Sachverhalt zugrunde [liegt]. Eine Regelbeurteilung soll die Grundlage für eine an den Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG orientierte Auswahlentscheidung liefern. Um eine verlässliche Grundlage für die Auswahlentscheidung bieten zu können, muss eine dienstliche Beurteilung die dienstliche Tätigkeit des zu beurteilenden Beamten im maßgebenden Beurteilungszeitraum vollständig erfassen, auf zuverlässige Erkenntnisquellen gestützt sein, das zu erwartende Leistungsvermögen in Bezug auf das angestrebte Amt auf der Grundlage der im innegehabten Amt erbrachten Leistungen hinreichend differenziert darstellen sowie auf gleichen Bewertungsmaßstäben beruhen [...]. Ist der für die Beurteilung Zuständige nicht in der Lage, sich ein eigenes vollständiges Bild von den Leistungen des Beamten zu machen, muss er sich die Informationen verschaffen, die es ihm ermöglichen, diejenigen zu bewertenden Elemente der Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung zutreffend zu erfassen, über die er keine aus eigener Anschauung gewonnenen Erkenntnisse besitzt [...]. Hierfür kommen vorrangig, aber nicht ausschließlich, Aussagen von Personen in Betracht, die die Dienstausübung des zu beurteilenden Beamten aus unmittelbarer eigener Anschauung kennen.“⁸⁵

Das BVerwG kam zu der Einschätzung, dass der Erstbeurteiler über ausreichende Informationen verfügt hat, um den Kläger im Beurteilungszeitraum eigenverantwortlich nach den Kriterien des Art. 33 Abs. 2 GG beurteilen zu können.⁸⁶

Die streitgegenständliche „Regelbeurteilung [...] enthält auch keine sachfremden oder sonst willkürlichen Erwägungen. Dies gilt zunächst für die Beibehaltung der Einzelbewertungen und des Gesamturteils trotz Änderung des Begründungstextes. Ein Abweichen von einer rechtswidrigen und aufgehobenen, damit rechtlich nicht mehr existenten dienstlichen Beurteilung löst keinen Plausibilisierungsbedarf aus (BVerwG, Urteil vom 1. März 2018 - 2 A 10.17 - BVerwGE 161, 240 Rn. 39). Es gibt auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die aufgehobene Berücksichtigung des Zeitraums im Probebeamtenverhältnis auch in der abschließenden Fassung noch "fortgewirkt" hätte (vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 12. Oktober 2023 - 2 A 7.22 - juris Rn. 49 f.) und die Beibehaltung der Einzelnoten und des Gesamturteils Ausdruck eines schon fest-

⁸⁴ Entscheidungsgründe juris Rn. 13-32.

⁸⁵ juris Rn. 24-25.

⁸⁶ juris Rn. 26.

stehenden Ergebnisses wäre. Die Korrektur eines in der vorangegangenen Fassung erkannten Fehlers führt nicht zwingend zu einer Anhebung des vergebenen Gesamturteils in der korrigierten dienstlichen Beurteilung.⁸⁷

3. Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung des BVerwG hilft der Praxis, den Plausibilisierungsbedarf bei einer zu korrigierenden Beurteilung in Folge einer aufgehobenen fehlerhaften Beurteilung richtig einschätzen zu können. „Die fehlerbedingte Aufhebung einer dienstlichen Beurteilung führt nicht zwingend zu einer Anhebung des Gesamturteils in der korrigierten dienstlichen Beurteilung. Der Dienstherr muss Abweichungen von einer früheren, als rechtswidrig aufgehobenen Beurteilung nicht plausibilisieren.“⁸⁸ Die Entscheidung dürfte zu begrüßen sein, da sie den Verwaltungsaufwand bei einer erneuten Beurteilung geringhält.

Die Korrektur eines in der vorangegangenen Fassung erkannten Fehlers (z.B. Probezeitraum in den Beurteilungszeitraum im Beamtenverhältnis auf Lebenszeit eingeflossen) führt aus Sicht des BVerwG nicht zwingend zu einer Anhebung des vergebenen Gesamturteils in der korrigierten dienstlichen Beurteilung. Etwas Anderes dürfte nur dann gelten, wenn die zu korrigierende aufgehobene Beurteilung fortwirken würde. Dann wäre dies im Rahmen der „Korrektur“ zu berücksichtigen, wodurch sich auch das Gesamturteil der korrigierten dienstlichen Beurteilung ändern könnte.⁸⁹ Auch in dieser Hinsicht zeigt das BVerwG auf, dass eine Anhebung des vergebenen Gesamturteils in der korrigierten dienstlichen Beurteilung nicht zwingend erforderlich ist. Dies ist vielmehr eine Frage des Einzelfalls und der konkreten Fehler bzw. der Gründe einer Aufhebung. Damit dürfte klar sein, dass eine „taktische“ Anhebung des Gesamturteils abzulehnen ist. Diese könnte zwar weitere gerichtliche Auseinandersetzungen verhindern, dürfte jedoch risikobehaftet sein, wenn es an späterer Stelle um die Bestenauswahl geht. Den Anforderungen an das Leistungsprinzip aus Art. 33 Abs. 2 GG könnte die Behörde dann nicht mehr genügen. Sie würden etwaige Auswahlentscheidungen bei der Besetzung von Beförderungsstellen auf fehlerhafte Beurteilungen stützen und könnten als Folge in denkbaren Konkurrentenstreitigkeiten unterliegen.

⁸⁷ juris Rn. 29-30.

⁸⁸ von der Weiden, jurisPR-BVerwG 13/2024 Anm. 4, D.

⁸⁹ BVerwG, Urteil vom 1. Februar 2024, 2 A 1.23, juris Rn. 30.

Wozu fehlerhafte Beurteilungen führen können, zeigt die „OVG-Affäre“ anschaulich, auch wenn sich dort ein anderer Beurteilungsfehler offenbart hat. Im Ergebnis ist festzuhalten: Behörden sollten sich in einem Rechtsstaat in selbstverständlicher Art und Weise allein vom Leistungsprinzip (Art. 33 Abs. 2 GG) leiten lassen.

V. Billigkeitsentscheidungen im (Besoldungs-) und Versorgungsrecht

Das Besoldungs- und Versorgungsrecht wird im Bund und den Ländern immer komplexer und unübersichtlicher. Auch wenn sich das Besoldungs- und Versorgungsrecht durch den Föderalismus unterschiedlich entwickeln,⁹⁰ ist eine Vergleichbarkeit mit Blick auf den Umgang mit Überzahlungen noch gegeben. Die maßgeblichen „allgemeinen“ Vorschriften ähneln sich in Teilen noch.⁹¹ Die Rückforderungsvorschriften des Bundes im Besoldungsrecht (§ 12 BBesG)⁹² und im Versorgungsrecht (§ 52 Abs. 2 BeamtVG)⁹³ entsprechen weitestgehend der im Land NRW geltenden besoldungsrechtlichen Regelung des § 15 Abs. 2 LBesG NRW⁹⁴ und der versorgungsrechtlichen Vorgaben des § 64 Abs. 2 LBeamtVG NRW.⁹⁵ Diese Regelungen sind gegenüber § 49a VwVfG als sondergesetzliche Regelung anzusehen.⁹⁶

Daher kann in Fällen der Überzahlung die Rechtsprechung des 1. Senates des OVG NRW eine ergiebige Quelle sein, auch wenn der 1. Senat

⁹⁰ Hebler/Kersten/Lindner BesoldungsR-HdB/Hebler/Kersten/Lindner, 1. Aufl. 2015, D. Rn. 56 f.

⁹¹ Reich, in: Reich/Preißler/Reich, 2. Aufl. 2022, BBesG § 12 Rn. 1; Reich BeamtVG/Reich, 2. Aufl. 2019, BeamtVG § 52, Rn. 1.

⁹² Bundesbesoldungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Juni 2009 (BGBl. I S. 1434), das zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 19. Juli 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 247) geändert worden ist.

⁹³ Beamtenversorgungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. Februar 2010 (BGBl. I S. 150), das zuletzt durch Artikel 14 des Gesetzes vom 18. Dezember 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 423) geändert worden ist.

⁹⁴ Besoldungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Landesbesoldungsgesetz - LBesG NRW) vom 14. Juni 2016 (Artikel 2 des Gesetzes vom 14. Juni 2016 (GV. NRW. S. 310)), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 29. Oktober 2024 (GV. NRW. S. 656).

⁹⁵ Beamtenversorgungsgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (Landesbeamtenversorgungsgesetz - LBeamtVG NRW) vom 14. Juni 2016 (Artikel 3 des Gesetzes vom 14. Juni 2016 (GV. NRW. S. 310)), zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 29. Oktober 2024 (GV. NRW. S. 656).

⁹⁶ Reich, in: Reich/Preißler/Reich, 2. Aufl. 2022, BBesG § 12 Rn. 5, 2; Reich BeamtVG/Reich, 2. Aufl. 2019, BeamtVG § 52, Rn. 1.

primär über die Rechte des öffentlichen Dienstes bei Bundesbeamtinnen und Bundesbeamten entscheidet.⁹⁷ Der Wortlaut der Rückforderungsregelungen im Bund und im Land NRW ist an entscheidender Stelle der gleiche: „Von der Rückforderung kann aus Billigkeitsgründen mit Zustimmung der obersten Dienstbehörde oder der von ihr bestimmten Stelle ganz oder teilweise abgesehen werden.“

Dienstherren habe in diesem Sinne bei der Prüfung von Rückforderungsansprüchen von Bezügen eine sog. „Billigkeitsentscheidung“ vorzunehmen. Welche Anforderungen daran zu stellen sind, wenn Versorgungsbezüge in erheblichem Umfang überzahlt worden sind und ob der Grund für die Überzahlung in der überwiegenden behördlichen Verantwortung liegt, hatte sich das OVG NRW auseinanderzusetzen.

1. Sachverhalt

Der der Entscheidung zu Grunde liegende Sachverhalt wird hier vereinfacht zusammengefasst:⁹⁸ Die Witwe (Klägerin) eines verstorbenen Versorgungsempfängers wendet sich gegen die Rückforderung von Versorgungsbezügen. Versorgungsbezüge, die wegen unterbliebener Nachprüfung der Festsetzung oder wegen unterlassener Mitteilung einer Rentengewährung oder des Bezugs von Einkommen zu viel gezahlt würden, seien aus Sicht der Bundesfinanzdirektion als Beklagte zurückzahlen. Gegen eine Rückforderung könne die Klägerin nicht einwenden, dass keine Bereicherung mehr vorliege.

Der Sachverhalt ist hier sehr komplex und geht unter anderem mit Wohnortwechseln (z.B. Umzug nach Großbritannien) einher. Außerdem geht es um berücksichtigungsfähige Zeiten der Arbeitslosigkeit und um Zeiträume mit erheblichem Erwerbseinkommen. Im Ergebnis kommt es auf die Einzelheiten im Rahmen der Urteilsbesprechung jedoch nicht an. Stattdessen geht es hier „klassisch“ im Streit um die Frage, ob die getroffene Billigkeitsentscheidung in Gestalt eines Erlasses der Rückforderung in Höhe von 30 v. H. des Überzahlungsbetrages angemessen ist und ob die zurückfordernde Beklagte dabei ihr Ermessen fehlerfrei ausgeübt hat.

Das Berufungsverfahren vor dem OVG NRW führte

⁹⁷ Zuständigkeiten i.S.d. Geschäftsverteilungsplans des OVG NRW 2025, siehe dazu https://www.ovg.nrw.de/aufgaben/geschaeftsverteilung/rechtssachen/01_gvp_2025.pdf, zuletzt abgerufen am 31.01.2025.

⁹⁸ OVG NRW, Urteil vom 31. Oktober 2024, 1 A 983/21, juris Rn. 1-63.

zu einer Änderung des erstinstanzlichen Urteils des VG Köln.⁹⁹

2. Entscheidungsgründe

Nach der maßgeblichen Vorschrift zur Rückforderung der Versorgungsbezüge „regelt sich die Rückforderung zuviel gezahlter Versorgungsbezüge nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. Der Kenntnis des Mangels des rechtlichen Grundes der Zahlung steht es gleich, wenn der Mangel so offensichtlich war, dass der Empfänger ihn hätte erkennen müssen. Von der Rückforderung kann aus Billigkeitsgründen mit Zustimmung der obersten Dienstbehörde oder der von ihr bestimmten Stelle ganz oder teilweise abgesehen werden.

Die zulässige Berufung der Beklagten hat Erfolg. Die Voraussetzungen für die Rückforderung sind erfüllt. Die Klägerin hat Versorgungsbezüge [...] zu viel erhalten [und] kann sich gegenüber der Rückforderung nicht darauf berufen, die Bereicherung sei weggefallen.¹⁰⁰

Das Verwaltungsgericht hat zu Recht angenommen, dass die Klägerin sich gegenüber dem Rückforderungsanspruch nicht mit Erfolg auf den Wegfall der Bereicherung nach § 52 Abs. 2 Satz 1 BeamtVG i. V. m. § 818 Abs. 3 BGB berufen kann. Nach § 818 Abs. 3 BGB ist die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatz des Wertes ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist. Fraglich ist schon, ob die Klägerin in diesem Sinne nicht mehr bereichert (entreichert) ist. Es erscheint nämlich zweifelhaft, ob sie (auch) ihre fraglichen Versorgungsbezüge überhaupt für ihren Lebensbedarf eingesetzt hat. Gegen die Richtigkeit einer solchen Annahme spricht, dass sie in der Schweiz jeweils ein beachtliches monatliches Einkommen erzielt hat, dessen Höhe auch nicht durch ihren Verweis auf die in der Schweiz vergleichsweise deutlich höheren Lebenshaltungskosten relativiert wird, weil es an diese Kosten angepasst war.

Diesen Zweifeln muss der Senat aber nicht nachgehen, weil eine Entreichnung schon deshalb unberücksichtigt bleiben muss, weil die Klägerin der verschärften Haftung gemäß § 52 Abs. 2 Sätze 1 und 2 BeamtVG i. V. m. §§ 819 Abs. 1, 820 Abs. 1 Satz 2, § 818 Abs. 4 BGB unterliegt. Zur Begrün-

⁹⁹ Vorgehend VG Köln, Urteil vom 24. März 2021, 15 K 9245/17.

¹⁰⁰ OVG NRW, Urteil vom 31. Oktober 2024, 1 A 983/21, juris Rn. 64-69.

„Die von der Klägerin nicht angegriffenen – und von der Klägerin nicht angegriffenen – Ausführungen des Verwaltungsgerichts [...] vollinhaltlich zu eigen.¹⁰¹

„Die von der Beklagten in dem Widerspruchsbescheid [...] getroffene Billigkeitsentscheidung nach § 52 Abs. 2 Satz 3 BeamtVG unterliegt keinen durchgreifenden Bedenken. Sie erweist sich – anders als vom Verwaltungsgericht angenommen – nicht zulasten der Klägerin als ermessensfehlerhaft im Sinne von § 114 Satz 1 VwGO.¹⁰² Gemäß § 52 Abs. 2 Satz 3 BeamtVG kann von der Rückforderung aus Billigkeitsgründen mit Zustimmung der obersten Dienstbehörde oder der von ihr bestimmten Stelle ganz oder teilweise abgesehen werden. Die Billigkeitsentscheidung kann darin bestehen, dass die Behörde von der Rückforderung insgesamt oder teilweise endgültig absieht, die Rückzahlung ganz oder teilweise erst ab einem späteren Zeitpunkt verlangt oder in Teilbeträgen (Ratenzahlung) ermöglicht.¹⁰³ [...]“

Die Billigkeitsentscheidung hat die Aufgabe, eine allen Umständen des Einzelfalls gerecht werdende, für die Behörde zumutbare, für den Bereicherten tragbare Lösung zu ermöglichen, bei der auch Alter, Leistungsfähigkeit und sonstige Lebensverhältnisse des Herausgabepflichtigen eine maßgebende Rolle spielen. Sie soll der besonderen Lage des Einzelfalles Rechnung tragen, die formale Strenge des Besoldungs- und Versorgungsrechts auflockern und Ausdruck des auch im öffentlichen Recht geltenden Grundsatzes von Treu und Glauben sein und sich als sinnvolle Ergänzung des ohnehin von dem gleichen Grundsatz geprägten Rechts der ungerechtfertigten Bereicherung auswirken. Sie ist vor allem in Fällen der verschärften Haftung von Bedeutung. Im Rahmen der Billigkeitsentscheidung ist jedoch nicht die gesamte Rechtsbeziehung, aus welcher der Bereicherungsanspruch erwächst, nochmals unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben zu würdigen; vielmehr ist auf das konkrete Rückforderungsbegehren und vor allem auf die Modalitäten der Rückabwicklung und ihrer Auswir-

kungen auf die Lebensumstände des Bereicherungsschuldners abzustellen. Daher kommt es nicht entscheidend auf die Lage des Beamten in dem Zeitraum, für den die Überzahlung geleistet worden ist, sondern auf dessen Lage im Zeitpunkt der Rückabwicklung an. [...] Da eine Billigkeitsentscheidung zugunsten des Schuldners den Rückzahlungsanspruch modifiziert, beurteilt sich deren Rechtmäßigkeit nach der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung, also – hier – des Widerspruchsbescheides. Maßgebend ist die Erkenntnislage der Behörde zu diesem Zeitpunkt. Auch der gerichtlichen Überprüfung einer Billigkeitsentscheidung dürfen nur die Umstände zugrunde gelegt werden, die der Behörde aufgrund des Vorbringens des Schuldners oder nach Lage der Akten ohnehin bekannt waren. Eine darüber hinausreichende Aufklärungspflicht besteht nicht. [...] Der Gesetzgeber hat [den Begünstigten] vielmehr eine besondere, eigenverantwortlich zu erfüllende Verpflichtung auferlegt, die ihre Rechtfertigung in der auch das [Besoldungs- und] Versorgungsverhältnis prägenden beamtenrechtlichen Treuepflicht findet. [...]

Bei der Billigkeitsentscheidung ist von besonderer Bedeutung, wessen Verantwortungsbereich die Überzahlung zuzuordnen ist und in welchem Maße ein Verschulden oder Mitverschulden hierfür ursächlich war. Ein Mitverschulden der Behörde an der Überzahlung ist in die Ermessensentscheidung nach § 52 Abs. 2 Satz 3 BeamtVG einzubeziehen. Auch Verschuldensbeiträge des Beamten im Zusammenhang mit den Anzeige- und Mitwirkungspflichten, die schon der Berufung auf die Entreichnung entgegenstehen, sind in die Billigkeitsentscheidung einzubeziehen (sog. „Doppelverwertung“). [...]

Deshalb ist aus Gründen der Billigkeit in der Regel von der Rückforderung teilweise abzusehen, wenn der Grund für die Überzahlung in der überwiegenden behördlichen Verantwortung liegt. In diesen Fällen ist der Beamte entreichert, kann sich aber, wie dargelegt, auf den Wegfall der Bereicherung nicht berufen. Dann muss sich die überwiegende behördliche Verantwortung für die Überzahlung aber in der Billigkeitsentscheidung niederschlagen. Das ist auch unter Gleichheitsgesichtspunkten geboten. Ein Beamter, der nur einen untergeordneten Verursachungsbeitrag für die Überzahlung gesetzt hat, muss besser stehen als ein Beamter, der die Überzahlung allein zu verantworten hat. Angesichts dessen erscheint ein Absehen von der Rückforderung in der Größenordnung von 30 Prozent des überzahlten Betrages im Regelfall angemessen. Bei Hinzutreten weiterer Umstände, etwa besonderer wirtschaftlicher Probleme des Beamten, kann auch eine darüber hinaus gehende

¹⁰¹ juris Rn. 74-76.

¹⁰² Soweit die Verwaltungsbehörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, prüft das Gericht auch, ob der Verwaltungsakt oder die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist, § 114 S. 1 Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991 (BGBl. I S. 686), die zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 24. Oktober 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 328) geändert worden ist.

¹⁰³ BVerwG, Urteil vom 08. Oktober 1998, 2 C 21.97, juris Rn. 20.

Ermäßigung des Rückforderungsbetrags in Betracht kommen. [...] Liegt hingegen kein überwiegendes behördliches Mitverschulden für die Überzahlung der Versorgungsbezüge vor, genügt es regelmäßig den Erfordernissen einer im Rahmen des Rückforderungsbescheides zu treffenden Billigkeitsentscheidung, angemessene Ratenzahlungsmöglichkeiten einzuräumen.¹⁰⁴

Gemessen hieran weist die in dem Widerspruchsbescheid [...] getroffene Billigkeitsentscheidung keine Ermessensfehler auf, die die Klägerin in ihren Rechten verletzen würden. [...] Die Beklagte hat mit der Kürzung im Umfang von 30 Prozent des geltend gemachten Rückforderungsanspruchs vor dem Hintergrund der ständigen höchst- und obergerichtlichen Rechtsprechung der Sache nach eingeräumt, sie treffe an der Überzahlung der Versorgungsbezüge ein überwiegendes Verschulden. Diese Einschätzung trifft jedoch nicht zu. Der Verursachungsbeitrag der Klägerin hat im Ergebnis sogar ein höheres Gewicht als der Verursachungsbeitrag der Beklagten. Die abweichende Einschätzung des Verwaltungsgerichts übersieht nicht nur, dass die Beklagte nach den oben angeführten Grundsätzen gerade keine (Amts)Aufklärungspflicht trifft, sondern erkennt auch Inhalt und Bedeutung der Anzeige- und Mitwirkungspflichten der Klägerin [nach der im Ergebnis unverändert gebliebenen Rechtslage, die den] Versorgungsberechtigten verpflichtet, der Regelungsbehörde u. a. die Verlegung des Wohnsitzes [...] und den Bezug und jede Änderung von Einkünften [...] unverzüglich anzuzeigen. Diesen und den weiteren Anzeigepflichten aus § 62 Abs. 2 Satz 1 BeamtVG ist nur genügt, wenn der Versorgungsberechtigte den jeweiligen Sachverhalt in seiner Anzeige eindeutig und ausführlich darstellt. Die Verpflichtung zur Anzeige von Einkünften ist daher nur dann erfüllt, wenn auch deren Höhe und jede Änderung richtig angezeigt werden. [...] Dementsprechend ist in dem Hinweisblatt für Versorgungsberechtigte [...] der ausdrückliche Hinweis enthalten, dass (auch) jede Änderung in der Höhe der Einkünfte unverzüglich anzuzeigen ist. Die Klägerin hat gemessen hieran wiederholt die ihr obliegenden Anzeige- und Mitwirkungspflichten schuldhaft verletzt. Bei dieser Bewertung kann offenbleiben, ob die Klägerin auch die zahlreichen Wechsel ihres Wohnsitzes nicht oder nicht unverzüglich angezeigt hat. Sie hat in dem Zeitraum von Januar 2013 bis Dezember 2016 nämlich jedenfalls wiederholt schuldhaft gegen ihre einkommensbezogenen Anzeigepflichten verstoßen. Ihr darin liegender Verursachungsbeitrag wiegt bei einer zeitabschnittsbezogenen Gesamtbetrach-

ung deutlich schwerer als der Verursachungsbeitrag der Beklagten. Während dem Verursachungsbeitrag der Beklagten nur in dem elfmonatigen Zeitraum von September 2014 bis Juli 2015 ein größeres Gewicht zukommt als dem Beitrag der Klägerin, liegt es in den insgesamt mit 21 Monaten deutlich längeren verbleibenden Teilzeiträumen (Januar 2014 bis einschließlich August 2014 und von August 2015 bis – jedenfalls – einschließlich August 2016) des Rückforderungszeitraums nämlich eindeutig umgekehrt. [...]“¹⁰⁵

3. Rechtliche Einordnung und Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung zeigt auf, wie kompliziert im Einzelfall eine Rückforderung im Besoldungs- und Versorgungsrecht sein kann. Dies vor allem mit Blick auf die Billigkeitsentscheidung. Anders als das Verwaltungsgericht ordnete das OVG NRW diese als fehlerhaft ein, auch wenn die Klägerin dadurch nicht in ihren Rechten verletzt worden ist. Schließlich gingen diese Fehler allein zu Lasten der beklagten Behörde. Der Verursachungsbeitrag der Klägerin hatte im Ergebnis sogar ein höheres Gewicht als der Verursachungsbeitrag der Beklagten. Es wäre der Behörde also eine „strengere“ Rückforderung möglich gewesen.

Behörden trifft aus Sicht des OVG NRW im Rahmen der Rückforderung und der Billigkeitsentscheidung nach den oben angeführten Grundsätzen keine (Amts)Aufklärungspflicht. Stattdessen kommt es auf die Anzeige- und Mitwirkungspflichten der Beamtinnen und Beamten bzw. der Begünstigten (z.B. Versorgungsempfänger) an. Diese genügen ihren Anzeigepflichten nur dann, wenn sie den jeweiligen Sachverhalt in ihren Anzeigen eindeutig und ausführlich darstellen. Dementsprechend kommt im Sinne der behördlichen Absicherung den „Hinweisblättern“ eine besondere Bedeutung zu. Es bleibt also bei einem alten behördlichen Grundsatz aus den Zeiten der Römer: „*Verba volant!*“. Mit anderen Worten: „Wer schreibt, der bleibt!“¹⁰⁶

Außerdem sollten Behörden Kenntnis bei der Rückforderung von Bezügen über folgende Aspekte haben:

- Der Dienstherr kann grundsätzlich den Bruttobetrag der überzahlten Dienstbezüge

¹⁰⁴ OVG NRW, Urteil vom 31. Oktober 2024, 1 A 983/21, juris Rn. 80-91.

¹⁰⁵ OVG NRW, Urteil vom 31. Oktober 2024, 1 A 983/21, juris Rn. 92-96. Auf die weitere Entscheidung kommt es auch mit Blick auf Ratenzahlungen aus Gründen der Vereinfachung nicht an. Diese können der Entscheidung im Volltext entnommen werden, dazu juris Rn. 106 f.

¹⁰⁶ Im humorigen Sinne, siehe Gosciny/Uderzo, Asterix bei den Pikten, 2013, S. 35.

zurückfordern.¹⁰⁷

- Mögliche Ratenzahlung haben sich im Einzelfall an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Beamten zu orientieren.¹⁰⁸
- Die Billigkeitsentscheidung ist notwendiger und untrennbarer Bestandteil der Rückforderungsentscheidung, weshalb die Rechtsfehlerhaftigkeit einer Billigkeitsentscheidung die Rechtswidrigkeit der Rückforderungsentscheidung zur Folge hat.¹⁰⁹
- Sind organisatorische Vorkehrungen getroffen, um die unverzügliche Berücksichtigung besoldungsrelevanter dienstlicher Veränderungen sicherzustellen, so kommt ein Organisationsverschulden zu Lasten des Dienstherrn nur in Betracht, wenn sich herausstellt, dass das vorhandene System lückenhaft oder fehleranfällig ist.¹¹⁰

¹⁰⁷ BVerwG, Urteil vom 21. September 1989, 2 C 68.86, juris.

¹⁰⁸ BVerwG, Urteil vom 08. Oktober 1998, 2 C 21.97, juris.

¹⁰⁹ BVerwG, Urteil vom 26. April 2012, 2 C 4.11, juris Rn. 23.

¹¹⁰ BVerwG, Urteil vom 26. April 2012, 2 C 4.11, juris Orientierungssatz 3.

C. Schlussbetrachtung und Ausblick

Das Jahr 2025 wird sicherlich wieder ein Füllhorn an neuen Erkenntnissen im Beamtenrecht bringen. Das gilt jedoch nicht nur für die Rechtsprechung. In NRW könnte auf die große Dienstrechtsmodernisierung im Jahr 2016 nun neun Jahre später ein „Gesetz zur Modernisierung des öffentlichen Dienstes in Nordrhein-Westfalen“ folgen. Darüber wurden im Jahr 2023 die kommunalen Spitzenverbände informiert.¹¹¹ Daran schloss sich im Jahr 2024 nicht nur die Verbändeanhörung an. Einzelheiten des Entwurfs des Gesetzes sind im Wege der Unterrichtung des Landtags durch die Landesregierung durch den Minister des Innern im Sommer des letzten Jahres bekannt geworden und können im Internet abgerufen werden.¹¹²

Im „Referentenentwurf“ werden folgende Modernisierungsmaßnahmen aufgeführt:

1. Öffnung des Zugangs zu den Laufbahnen mit Vorbereitungsdienst
2. Öffnung des Zugangs zu den Laufbahnen für anders erworbene Bildungsabschlüsse
3. Anrechnung von hauptberuflicher Tätigkeit außerhalb des öffentlichen Dienstes auf die Probezeit
4. Einführung eines Verkürzungstatbestandes für die Probezeit
5. Berücksichtigung von Zeiten jedweder Teilzeit auf Probe- und Erprobungszeiten
6. Streichung des Beförderungssperrjahres nach der Probezeit
7. Wegfall der Erheblichkeitsschwelle bei der Neufestsetzung von Probe- und Erprobungszeiten
8. Einstellung im Beförderungsamts ohne Beteiligung des Landespersonalausschusses (LPA)
9. Streichung von Dienstzeiterfordernissen
10. Vereinfachung des Laufbahnwechsels
11. Lockerung der Voraussetzungen für den Aufstieg und die berufliche Entwicklung mit dem Ziel der Spezialisierung
12. Fortbestehen des Beamtenverhältnisses bei

Übernahme eines kommunalen Wahlamtes.¹¹³

Es wäre sehr zu begrüßen, wenn etwaige Änderungen in diesem Jahr im Landtag verabschiedet werden könnten. Dies gilt allein schon für die längst überfällige Neuregelung der unpraktikablen Probe- und Erprobungszeitenregelungen. Der weitere Zeitplan ist jedoch ungewiss, wie das lange Verfahren zeigt. Es kann nur gemutmaßt werden, welche Gründe es dafür gibt. Das Gesetz muss noch förmlich in den Landtag eingebracht werden, worüber die Landesregierung zu entscheiden hat. Es ist gegenwärtig noch nicht bekannt, wann mit einer Entscheidung zu rechnen ist.

Fraglich dürfte es auch sein, ob es rechtssicher gelingen wird, die Besetzung des vakanten Postens der Präsidentin oder des Präsidenten des OVG NRW im Jahr 2025 vorzunehmen. Eine mögliche Verletzung des Art. 33 Abs. 2 GG infolge einer sachwidrigen Vorfestlegung und Voreingenommenheit des Justizministers NRW steht nach wie vor im Raum.¹¹⁴ Der bereits entstandene Schaden und der Vertrauensverlust in staatliche Institutionen dürften schwer zu beziffern sein.¹¹⁵ Klar dürfte aber sein, dass es für rechtssichere und vertrauensbildende personalwirtschaftliche Entscheidungen mindestens zweier wichtiger „Komponenten“ in der öffentlichen Verwaltung bedarf. Erstens: Die öffentliche Verwaltung muss durch Behördenleitungen geführt werden, die möglichst rechtssichere Entscheidungen treffen wollen und dies auch können. Zweitens: Es bedarf dazu der Unterstützung und Beratung der Behördenleitung durch fachlich gut qualifizierte Mitarbeitende. Dafür wird das ifV Gelsenkirchen auch im Jahr 2025 im Rahmen der angebotenen Fortbildung und Veröffentlichungen einen kleinen Beitrag leisten können. Der Verfasser freut sich, dass ifV Gelsenkirchen dabei unterstützen zu dürfen.

¹¹¹ Hierüber berichtete u.a. bereits der Städte- und Gemeindebund zur Reform des Laufbahnrecht, Schnellbrief 286/2023.

¹¹² LT-Vorlage 18/2790, <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMV18-2790.pdf>; zuletzt abgerufen am 03.02.2025.

¹¹³ LT-Vorlage 18/2790, S. 4-6.

¹¹⁴ BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 7. August 2024, 2 BvR 418/24, juris Rn. 50.

¹¹⁵ Immich, ZBR 2024, S. 238, 242.

Der Autor:

Dr. iur. Till Immich, RD a.D ist Professor am Studienort Dortmund der HSPV NRW. Dort lehrt er die Fächer Staatsrecht und Beamtenrecht im Bachelor- und Masterstudium. Daneben leitet er am ifV im Bereich des Personalrechts regelmäßig Seminare zu beamtenrechtlichen Themen (insbesondere Grundzüge des Beamtenrechts) und berät dieses in dienstrechtlichen Fortbildungsangelegenheiten.

Dieser Aufsatz gibt ausschließlich die persönliche Auffassung der Verfasser wieder. Zur besseren Lesbarkeit wird die männliche Form verwendet. Hiermit sind geschlechtsneutral alle Geschlechter gemeint.

Erstellungsdatum: 7. Februar 2025

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die Wiedergabe dieses Werkes oder wesentlicher Teile in anderen Editionen wie auch die Einstellung dieses Werkes in Datenbanken ist nur mit Zustimmung des Instituts für Verwaltungswissenschaften gGmbH gestattet. Die Wiedergabe von einzelnen Textpassagen hat unter einer Quellenangabe mit Nennung der Autoren und des Instituts für Verwaltungswissenschaften gGmbH als Herausgeber zu erfolgen.



**Institut für Verwaltungswissenschaften gGmbH
im Wissenschaftspark Gelsenkirchen
Munscheidstraße 14
45886 Gelsenkirchen**

www.ifv.de